



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE  
MEXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
ACATLAN

“LA POSESIÓN: EL AUTÉNTICO DERECHO REAL  
EQUÍVOCAMENTE CONSIDERADA COMO UN  
SIMPLE PODER DE HECHO”

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

EDGAR IGNACIO RODRIGUEZ PADILLA  
099525972

ASESOR:  
LIC. JOSE JORGE SERVIN BECERRA.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	
<b>ASPECTOS PRIMORDIALES</b> .....	3
1. Significación del vocablo posesión.....	3
1.1 Significado etimológico.....	3
1.2 Utilización del vocablo en el Derecho Romano.....	5
1.2 Conformación de los derechos reales.....	12
1.2.1 Concepto de derecho real.....	12
1.2.2 Sus elementos constitutivos.....	16
1.3 Principales teorías doctrinales en materia posesoria.....	19
1.3.1 Teoría subjetiva de Savigny.....	19
1.3.2 Teoría objetiva de Ihering.....	22
1.3.3 Teoría ecléctica de Saleilles.....	26
1.4 Conceptos jurídicos de la posesión.....	27
1.4.1 Códigos de 1870 y 1884 del Distrito Federal.....	27
1.4.2 Código de 1928 del Distrito Federal.....	32
1.4.3 Código Civil del Estado de México.....	39
1.5 Conceptos doctrinales de la posesión.....	39
1.5.1 Tesis de Oscar Morineau.....	39
1.5.2. Concepto de Planiol.....	41
1.5.3 Criterio de Rafael Rojina Villegas.....	42
1.5.4 Criterio de Enneccerus/Kipp/Wolf.....	43
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	
<b>LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA JURISPRUDENCIA</b> .....	49
2.1 Lo incomprensible en el Código Civil del Estado de México.....	49
2.2 La posesión de acuerdo con criterios jurisprudenciales.....	53
<b>CAPÍTULO TERCERO</b>	
<b>LA VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN</b> .....	58
3.1 Ensayo sobre concepto de posesión.....	58
3.2 Concepto de propiedad.....	69
3.3 Concepto propio de dominio.....	75
3.4 La posesión como posible consecuencia de la propiedad.....	78
3.5 La autonomía entre los derechos de propiedad y posesión.....	79
3.6 El dominio como exteriorización del derecho de posesión y no del de	

propiedad.....	80
3.6.1 Casos de propiedad sin posesión.....	81
3.6.2 Casos de posesión sin propiedad.....	82
3.6.3 La unificación necesaria e inseparabilidad entre el derecho de posesión y las conductas de dominio.....	83
<b>CAPÍTULO CUARTO</b>	
<b>FUNDAMENTOS QUE HACEN NECESARIO NO CONFUNDIR AL DERECHO DE POSESIÓN CON EL HECHO DE LA TENENCIA.....</b>	<b>84</b>
4.1 Concepto de tenencia.....	84
4.2 Tenencia en concepto de detentador.....	85
4.3 Tenencia en concepto de poseedor.....	86
4.4 Dominio aparente cuando se carece de posesión.....	87
4.5 La posesión como el derecho que faculta a gozar de la tenencia.....	88
<b>CAPÍTULO QUINTO</b>	
<b>VERTIENTE PROPOSITIVA.....</b>	<b>90</b>
5.1 Proyecto de decreto de reformas a diversas disposiciones jurídicas aplicables y relacionadas con la posesión, concretamente en el Código Civil del Estado de México.....	90
5.2 La protección posesoria.....	96
5.3 La posesión y la <i>usucapión</i> .....	100
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>103</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>105</b>

## INTRODUCCIÓN

El desarrollo del presente trabajo de tesis, me satisface enormemente, primero, *por el hecho de culminar los esfuerzos de tantos años de sacrificios en todos los ordenes, intentando obtener el tan anhelado y honroso título universitario*; segundo, por navegar en el área del derecho civil y particularmente en un tema que llama enormemente mi atención, al que le tengo gran respeto y admiración: la posesión. Sé de antemano lo que implica transitar por este tema dado lo vasto de su contenido y sobre todo de las inmensas implicaciones que tiene sobre todas las ramas del derecho, pero mi intención, por esta ocasión, es ceñirme al análisis de lo que, a mi criterio, constituye su verdadera naturaleza jurídica.

De tal suerte, desde este instante preveo diversas reacciones, desde aquellos que compartirán y quizá aplaudirán mi propuesta, hasta los que la refutarán de una u otra forma, puesto que, a los ojos del común de la sociedad e incluso de aquéllos inmersos en el ámbito jurídico, resulta por demás lógico y simple, pero en muchos casos su percepción es muy acotada y carente de análisis; por tanto, partiré desde sus corrientes más antiguas hasta la elaboración de una propuesta cuya única finalidad sea clarificar la actual concepción que se tiene y que aun se encuentra muy arraigada, evidenciando la problemática que genera la postura reinante, y que en muchos casos se traduce en una constante confusión y errónea interpretación de los preceptos legales aplicables.

Iniciaré con un estudio de carácter doctrinario, intentando inmiscuirme en la medida de mi capacidad en el mundo de los tratadistas más connotados sobre la materia, así como en las legislaciones base de las actuales disposiciones. Intentaré evidenciar algunas de las contradicciones que a mi juicio, son en gran medida, consecuencia de la equívoca comprensión que se tiene sobre el tema. Plasmaré las jurisprudencias más actuales que rigen y prevalecen sobre la posesión. Me esforzaré enormemente por desarrollar los capítulos III, IV y V (que constituyen mi propuesta), y que considero la parte medular de mis pretensiones, cuyo contenido dependerá de una artera inspiración de mi parte y así poder plasmar las ideas, frases o conceptos más adecuados, a fin de lograr y provocar que su lectura resulte amena y envolvente.

Finalmente, respecto al tema en estudio, trataré de adecuar determinados preceptos jurídicos vigentes, con el contexto y esencia de mi tesis, además de exponer breve pero eficazmente la procedencia y presupuestos de las acciones reales relativas a los interdictos posesorios y a la usucapión, de tal manera que una vez comprendidas, sirva de guía o soporte, hacia una práctica forense más eficaz y congruente.

## CAPÍTULO PRIMERO “ASPECTOS PRIMORDIALES”

### 1 Significación del vocablo posesión.

#### 1.1 Significado etimológico.

En relación al que nos ocupa, debemos precisar en primer término, que la Etimología trata esencialmente del origen de las palabras, por tanto, el vocablo posesión proviene del latín *possessio* – *onis*; del verbo *possum, potes, posse, potui*: **poder**; para otros autores, del verbo *sedere* y del prefijo *pos*: **sentarse con fuerza**.

Por su parte, “la palabra *possidere*, de donde *possessio* se deriva, contiene a su vez la palabra *sedere* o sentarse, sentarse o asentarse en una cosa, de ahí la definición de posesión como el poder de hecho que una persona ejerce sobre una cosa, con la intención de retenerla y disponer de ella como si fuera su propietario”.<sup>1</sup>

*Ahora bien, en términos del significado etimológico aludido, la posesión se nos presenta como una relación exterior, consistente en el establecimiento u ocupación de una cosa; o en otras palabras, como una relación exterior e inmediata entre una persona y una cosa.*

---

<sup>1</sup> Morineau Idearte, Martha, Iglesias González, Roman. *Derecho Romano*. Editorial OXFORD. Cuarta edición. México, D.F. 2004. p. 114.

Retomando la definición de otro autor, “la *possessio* (posesión) es el señorío que una persona tiene sobre una cosa. Tenencia de una cosa corporal, siendo o no propietario de ella.

La posesión se da cuando la persona por sí o por otra, tenga una cosa bajo su potestad con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad. Sin embargo es un derecho independiente de ésta, aunque generalmente ambas existen de manera conjunta, pues es raro que el titular del derecho de propiedad no pueda disponer libremente del objeto sobre el cual tiene ese derecho”.<sup>2</sup>

*Al referirnos al poder y al establecimiento sobre una cosa, no por eso habrá de inferirse que la posesión pueda existir en aquellos casos de simple relación de proximidad material entre una persona; por ejemplo: si a un individuo que esta dormido se le coloca un objeto entre sus manos, y a este hecho se le llamara posesión, sería un absurdo, pues ese hecho está desprovisto de interés jurídico. El poder, la relación de la persona con la cosa, o el dominio, como diremos posteriormente, deben ser queridos. No puede existir posesión en aquellos casos en que no intervenga la voluntad, pues es ésta la que, juntamente con la relación exterior entre la persona y la cosa, constituye la posesión. Es por esto que un loco o un niño no son poseedores en derecho, no pueden tener posesión por sí mismos, pues les*

---

<sup>2</sup> Sócrates Jiménez Santiago Tiana. *Diccionario de Derecho Romano*. 4ª. Edición. Editorial Sista. México, D.F. 2004. p. 279.

*falta uno de los elementos constitutivos de la relación posesoria y este es, la voluntad.*

*Sabemos que se puede ser poseedor de una cosa sin ser propietario de ella, que esa posesión bajo determinadas condiciones nos puede conducir hacia la propiedad y que sobre todo, la posesión como tal esta protegida por el Derecho.*

## **1.2 Utilización del vocablo en el Derecho Romano.**

“Muchos de los romanistas contemporáneos afirman que para el Derecho romano la posesión no era un derecho, sino sólo una situación de hecho. Para fundamentar tal afirmación recurren a varias citas del Digesto.

Así por ejemplo, en relación con el postliminio, Palpiano dice: Por lo demás, si el comprador, antes de adquirir la propiedad de una cosa por usucapión, hubiese sido capturado por los enemigos, se estimó procedente que la usucapión interrumpida no pueda reintegrarse por el derecho del postliminio, porque la usucapión no se realiza sin la posesión y la posesión es sobre todo un hecho, y la situación de hecho no entra en el derecho del postliminio”.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Morineau Iduarte, Martha, Iglesias González, Roman. *Derecho Romano*. Editorial OXFORD. Cuarta edición. México, D.F. 2004. p. 115.

*Respecto a lo anterior*, “se puede especular sobre la posibilidad de que los juristas romanos se refieran en unos casos a la posesión de hecho y en los otros a la posesión como un derecho.

La posesión de hecho (*que mas bien se refiere a la tenencia*), o sea el que una cosa este bajo el control de una persona, no es difícil de entender; constituye un hecho natural que no tiene relevancia para el derecho, ya que sólo la adquirirá en el momento en que desempeñe determinada función de naturaleza jurídica.

El derecho de posesión (*ius possessionis*) por ser un derecho es forzosamente un facultamiento de conducta, una autorización, o sea la conducta facultada al poseedor”.<sup>4</sup>

*La relevancia surge cuando los actos de tenencia o de explotación de la cosa se fincan en alguno de los modos adquisitivos de propiedad, según se verá en el capítulo respectivo.*

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, maneja en síntesis y con gran claridad, la forma en que el derecho romano clásico concibió y reglamentó la posesión, por tanto, estimo adecuado plasmar lo que al respecto desarrolla: “Mientras que la propiedad era un poder jurídico

---

<sup>4</sup> *Ibidem.* p. 116.

sobre las cosas, la posesión consistía en un poder material y físico sobre las mismas. Para **Ulpiano**, *nihil commune habet proprietas cum possessione* (nada de común tiene la propiedad con la posesión. La posesión no constituye un derecho, sino un hecho: *res facti, non juris* (cosa de hecho, no de derecho). Sólo se admitía la posesión sobre bienes corpóreos o materiales. En otra etapa de evolución, se admitió que la posesión podía recaer sobre derechos; p.e., sobre un crédito u otro bien incorpóreo. Se admitía una posesión civil (*possessio civilis*) reconocida por el *jus civile* y que actuaba en la esfera de éste, y una posesión pretoria reconocida por el pretor y amparada por los interdictos posesorios (*possessio ad interdicta*). Los exegetas discrepan en cuanto al papel que el *animus*, o elemento intencional, jugaba en el derecho romano.

La posesión reconocida por el *ius civile* agrega asimismo el elemento de la justa causa para poseer, que fue reconocido mas adelante por el por el *jus gentium*. La posesión con causa por el no apta constituía un *possessio naturalis*, sin protección interdictal. A pesar de ello el pretor concedía protección a tres titulares de posesión natural: el acreedor prendario, el precarista y el secuestratario.

Para los glosadores, no existía posesión sin aprehensión material de las cosas: *rei insistere*, colocarse sobre la cosa, poner los pies sobre el inmueble o asir la cosa mueble.

Para las leyes de partidas (ley I, tit. 30, partida 3) Posesión tanto quiere decir como ponimiento de pies. E según dixeron los sabios antiguos, poseion es tenencia derecha que o me ha en las cosas corporales, con la ayuda del cuerpo o el entendimiento”.<sup>5</sup>

*Retomando las ideas precedentes, consideramos que no hay posesión cuando el propietario no puede, de forma inmediata o mediata, disponer de la cosa, ya sea por una causa de hecho o por resolución judicial.*

Ahora bien, siguiendo a Floris Margadant, éste afirma que si la palabra *possessio* tienen relación etimológica con la raíz de *sedere*, sentarse, ello sirve para designar una íntima relación entre una persona y una cosa, que dé a aquélla una posibilidad exclusiva de utilizar ésta, y que tal exclusividad le da un rango esencial; por lo que a manera de ejemplo, retoma la siguiente idea de von Savigny: el barquero utiliza el barco y también el agua en que navega; pero sólo es poseedor del barco, ya que, en su relación con el agua, falta el elemento de exclusividad, al no poderla utilizar.

Entonces, como primer componente del concepto de la posesión encontramos, por tanto, un poder físico y exclusivo sobre un objeto. Este elemento se suele designar, brevemente, como el *corpus*.

---

<sup>5</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano P-Z*. Editorial Porrúa, México. 2001. p. 2927.

Empero, la doctrina romana añadía a este componente, según la interpretación de von Savigny, aún otro: que el poseedor tenga voluntad de poseer el objeto como suyo. El *animus rem sibi habendi* o *animus possidendi*, o, simplemente, *animus*, es el elemento subjetivo que debe acompañar al elemento objetivo del *corpus*, para que podamos hablar de posesión.

A falta del segundo elemento (como en el caso del arrendatario), al poder que tiene una persona sobre un objeto ya no se califica de posesión, sino de simple detentación –*detentio*, en la terminología de los comentaristas; *possessio naturalis*, según las mismas fuentes-, que carece de las consecuencias jurídicas que nacen de la posesión; *lo cual es correcto, pues en el caso del ladrón no necesariamente puede pretender apropiarse de la cosa, sino tan solo servirse de ella transitoriamente y luego abandonarla.*

Así cuando un chofer particular lleva un coche a engrasar, su poder sobre éste no es una posesión en la teoría de von Savigny; no tiene el *animus rem sibi habendi*, sino sólo un *animus repraesentandi*. Según esta teoría, debemos hablar, en este caso, de detentación, o sea, un poder sobre una cosa que pertenece puramente al reino de los hechos, sin producir la *usucapio*, el derecho a los frutos, y, por regla general, sin protección interdictal. *Lo cual es correcto, pues el poseedor es el único que puede consolidar su propiedad nacida de un título subjetivamente válido mediante la prescripción positiva, no así el mal llamado poseedor derivado ni menos aun el simple detentador.*

De tal suerte que, si prestamos un libro a Julio, y luego el libro le gusta tanto que quiere retenerlo, ¿no cambia entonces su *animus*?, ¿no pasamos entonces de la detentación a la posesión?

No, porque *nemo ipse causam possessionis mutare potest* (nadie puede cambiar unilateralmente la causa de su detentación), frase en la que el término *possessio* significa, en nuestro ejemplo, *possessio naturalis*. En el caso que presentamos, el origen de la *possessio naturalis* o *detentio* es un contrato bilateral, el comodato, el cual excluye, por su naturaleza, en Julio, el *animus possidendi*; y “unilateralmente” Julio no puede cambiar esta ‘causa’ de su detentación.<sup>6</sup>

Cabe mencionar que, “existe un supuesto que se erige como una excepción de que solamente quien reúne los dos elementos exigidos (*corpus* y *animus*) adquiere la posesión, que encontramos en el caso del cazador que ha puesto una trampa para atrapar una presa, aun cuando no tenga la seguridad de que el animal ha mordido el anzuelo y por ende es imposible que tenga el *animus* (el que ignora su posesión, no la adquiere), el Derecho Romano aceptó que adquiriese la posesión en virtud de contar con la esperanza de atrapar algo.

---

<sup>6</sup> Margadant S. Guillermo Floris. *El derecho privado romano. Como introducción a la crítica jurídica contemporánea*. Vigésimo sexta edición. Editorial Esfinge. Estado de México. p. 235.

De tal manera que es posible adquirir la posesión por medio de una tercera persona, así el *Paterfamilias* puede adquirir la posesión a través de cualquier miembro de su *Domus*, ya que recordemos el principio general de la Patria potestad que establece ‘todo lo que adquiere un *filiusfamiliae*, cliente o esclavo, lo hace para el jefe de familia’, aunque se requiere forzosamente que dicho *pater* se encuentre enterado de que dicho sujeto sometido a su *Potestas* se encuentra poseyendo para él, de conformidad con el principio ‘el que ignora su posesión, no la adquiere’; incluso en la época de los Severos se admitió que la *Possessio* fuese adquirida a través de un *Procurator*, y durante el Derecho Justiniano se puede hacer a través de un mandatario especial”.<sup>7</sup>

*Aun hoy en día, se puede explotar la cosa sin necesidad de la aprehensión material de su propietario, a través de un tercero, erigiéndose así la figura del poseedor mediato, lo que conocemos como posesión **copore alieno** (en cuerpo ajeno).*

*Por tanto, podemos advertir que en el derecho antiguo de Roma, la posesión revestía un marcado carácter materialista; así que sólo se aplicaba a los objetos físicos y requería una aprehensión u ocupación actual y corporal; al mismo tiempo significaba un poder absoluto análogo a la propiedad, más tarde se extendió la misma idea de las cosas a los derechos*

---

<sup>7</sup> Huber Olea Francisco José. *Diccionario de Derecho Romano. Comparado con Derecho Mexicano y Canónico*. Primera edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 2000. p. 571.

*reales, intentándose para explicar esta extensión considerada como anómala, la llamada cuasi posesión y distinguiéndose siempre la mera detentación de las cosas, no considerada como posesión, y la posesión verdadera que requería el animo o la intención de tener las cosas o los derechos reales como propios; así que, cuando los romanos hablan de que una persona posee una cosa, quiere decir que se conduce como propietario, ejecutando actos materiales de aprovechamiento semejantes a los actos que ejecuta el propietario en el uso y goce o en la disposición. Los romanos no afirman que el que tenga la posesión de una cosa sea propietario; simplemente dicen que se conduce como propietario y ejecuta esos actos, y esto, no quiere decir otra cosa sino que posee el derecho de propiedad, pero no que tenga ese derecho de propiedad.*

## **1.2 Conformación de los Derechos reales.**

### **1.2.1 Concepto de derecho real.**

“Los derechos reales (concepto derivado de las *actiones in rem* de la doctrina clásica) son derechos oponibles a cualquier tercero, que facultan a su titular para que saque provecho de una cosa, sea en la forma máxima que permita el derecho –en cuyo caso hablamos del derecho de propiedad- o en una forma reducida, como sucede con los diversos desmembramientos de

la propiedad (en cuyo caso hablamos de *iura in re aliena*, como, por ejemplo, el derecho de hipoteca o el usufructo)".<sup>8</sup>

Al respecto, el catedrático Huber Olea lo define así: "Facultad que una persona tiene de aprovecharse de un objeto, ya sea de una forma limitada o total, teniendo la característica de ser oponible a terceros. Estos derechos implican una relación directa entre una persona y una cosa para que de ésta se obtenga un beneficio, y de la cual nadie más puede gozar, por lo que los deberes de todos aquellos que no sean el titular son el respetarlo y no impedir su ejercicio, es decir que el deber es únicamente de no hacer".<sup>9</sup>

Por su parte, el insigne tratadista Luis Rigaud arguye: "Hablar de un derecho *in faciendo*, hace nacer la siguiente cuestión: Si el derecho real consiste en una atribución directa e inmediata de todo o parte de la utilidad jurídica de una cosa a su titular, atribución a la cual los terceros deben abstenerse de perjudicar."<sup>10</sup>

*Así entonces, la definición que consideramos más acertada es que el derecho real es el poder jurídico que ejerce una persona sobre un bien, de*

---

<sup>8</sup> Margadant S. Guillermo Floris. *El derecho privado romano. Como introducción a la crítica jurídica contemporánea*. Vigésimo sexta edición. Editorial Esfinge. Estado de México. p. 228.

<sup>9</sup> Huber Olea Francisco José. *Diccionario de Derecho Romano. Comparado con Derecho Mexicano y Canónico*. Primera edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 2000. p. 157.

<sup>10</sup> Rigaud Luis. *El Derecho Real. Historia y teorías. Su origen institucional. Traducción de J.R. Xirau*". Editorial Reus (S.A.), Madrid 1928. p. 298.

*modo directo e inmediato, (sin necesidad de que medie un intermediario) para aprovecharlo total o parcialmente, siendo dicho poder jurídico oponible a los demás por virtud de una relación que se establece entre su titular o sujeto activo y los demás individuos como sujetos pasivos indeterminados, quienes se determinan cuando el derecho es violado.*

“El objeto del derecho real es el poder jurídico sobre la cosa. El sujeto pasivo en la relación es indeterminada. La obligación en esta clase de derechos es siempre de no hacer con carácter universal.

Por tanto, el derecho real es absoluto, puede oponerse a todo mundo (*erga omnes*) da origen a una acción persecutoria sobre la cosa, a fin de recuperarla de aquel que la detente sin consentimiento de su titular. Son limitadas en cuanto a su número”.<sup>11</sup>

Ahora bien, a mayor abundamiento resulta interesante involucrar las ideas que sobre el tema ha plasmado el tratadista Magallón Ibarra: “*El derecho real*, considerado en sí mismo, es un derecho absoluto en el que no hay ninguna clase de relación entre dos personas, y sí sólo entre *una persona y una cosa*: el que tiene el dominio, por ejemplo, ejerce directamente los actos de dueño, y dispone libremente de su propiedad; mas si ésta se encuentra en poder de otro, que injustamente la detenta, y el requerido no

---

<sup>11</sup> Orizaba Monroy Salvador. *Nociones de Derecho Civil*. Editorial Sista. México, D.F. 2003. p. 119.

quiere entregarla, corresponde entonces al dueño de una acción contra el detentador, pero sólo en consideración a que posee: ninguno pues, le esta obligado especialmente, si bien todos tienen el deber negativo de no turbar el ejercicio de su derecho. En los *derechos personales*, por el contrario, siempre existe relación entre dos personas una que es el sujeto activo, y otra el sujeto pasivo de la obligación: *el que tiene un derecho de esta clase no lo ejerce directa o inmediatamente sobre la cosa, que es objeto de su derecho sino que lo reclama de aquel que esta ligado a la ejecución*".<sup>12</sup>

*Así pues, mientras que el derecho real es un poder jurídico, el derecho personal es una simple facultad de obtener o de exigir; el poder jurídico se ejerce de la persona a la cosa. Implica una potestad del titular para aprovechar una cosa a efecto de satisfacer necesidades. En cambio, en el derecho personal no encontramos el poder jurídico, sino la facultad de obtener o de exigir del deudor una prestación o abstención.*

Por tanto, **“hay un derecho real cuando una cosa se encuentra sometida, completa, o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata, que se puede oponer a cualquier otra persona.** Esta definición implica como carácter esencial del derecho real, *la creación de una relación entre una persona y una cosa.* Con esto se quiere decir que **en todo derecho real, no hay nada de intermedio entre la**

---

<sup>12</sup> Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de de Derecho Civil. Tomo IV: Derechos Reales.* Editorial Porrúa. México, DF. 1990. p. 49.

**persona que es titular del derecho y la cosa objeto del mismo.** Si yo soy propietario o usufructuario de una casa, tengo por mí mismo el derecho de habitarla; para el ejercicio del derecho se puede hacer abstracción de cualquier otra persona distinta del titular. Muy diferente sería si yo fuese solamente locatario o arrendatario, pues en este caso no tendría sobre la casa ningún derecho directo que me perteneciese: sería solamente acreedor de su propietario quien estaría obligado a procurarme el goce de la casa. Si no estuviese ligado el propietario conmigo, en virtud de un contrato, no tendría yo ningún derecho sobre su cosa”.<sup>13</sup>

### **1.2.2 Sus elementos constitutivos.-**

“El derecho real requiere la concesión de un poder inmediato sobre un objeto que queda vinculado jurídicamente al sujeto. Nace así la teoría ecléctica que fija al Derecho real los siguientes caracteres: **a) Elemento interno:** Inmediatividad (poder directo sobre la cosa sin intermediarios); **b) Elemento externo:** Absolutividad o sea contra todos, contra un deber universal de abstención; el derecho real concede a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa y que puede ser ejercitado y hecho valer frente a todos. *Poder*, o sea potestad legalizada dentro del ordenamiento jurídico que no se explica por la simple posesión. La naturaleza de este poder depende de la naturaleza del Derecho real, pero no está determinado

---

<sup>13</sup> *Ibidem.* p. 57.

por las partes como generalmente sucede en el caso del derecho de crédito. Cosa: objeto sobre la que se ejerce el poder y no sobre la persona del deudor como en el Derecho de crédito. *Inmediato*: Ausencia de intermediario que esté personalmente obligado en esa relación. *Absolutividad*: Se da contra todos, frente a todos (*erga omnes*), a diferencia del derecho de crédito que es relativo porque sólo se da contra la persona del deudor, única a quien se puede exigir el pago. Implica *deber* universal de abstención (no obligación porque carece de contenido económico y no es inventariable) y como este deber lo es de todos, por regla general el sujeto pasivo es indeterminado”.<sup>14</sup>

*Así pues, el elemento interno es la atribución directa e inmediata de todo o parte de la utilidad jurídica de una cosa a su titular; mientras que el elemento externo es la atribución a la cual los terceros deben abstenerse de perjudicar.*

*Por cuanto hace al elemento externo, a diferencia de los derechos personales, existe un sujeto pasivamente universal, en la mayoría de los casos indeterminado, es pasivo, en virtud de que deberá abstenerse de ejecutar actos de molestia al titular de la posesión, sin que ello implique disminución en sus derechos, pues no deberá, suministrar ni tiempo ni*

---

<sup>14</sup> Arce y Cervantes José. *De los bienes*. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1997. p. 10.

energía en desplegar una conducta tal, es más, puede morir, sin haberse percatado que tenía una obligación de no hacer.

Así entonces, su puede observar que en todo derecho concurren dos elementos constantes: Uno interno, que corresponde a la posibilidad de obrar o de desear del titular del derecho; y un elemento externo que corresponde a la pretensión que el sujeto del derecho hace valer respecto de otras personas para exigirles el respeto de esa facultad. Analizando la posesión vemos que contiene los dos elementos necesarios para constituir un derecho. El elemento interno de que el poseedor puede obrar y desear respecto a su posesión como mejor le parezca; y el elemento externo de que la posesión debe ser respetada por los terceros, para lo cual existe la protección posesoria (interdictos) a que nos referiremos en el capítulo correspondiente.

La posesión así, debe ser considerada como un derecho real, en virtud de que el titular del derecho subjetivo (propietario) tiene el poder sobre la cosa, y lo tiene, como consecuencia del título justificativo, por tanto, potencialmente puede detentar la cosa o de hecho tenerla, sin que requiera para ello, un acto jurídico previo o el consentimiento de un tercero, incluso para su ejercicio puede hacer abstracción de otro individuo y no por ello cesa su posesión, lo que cesa es su detentación, sin embargo su derecho subsiste aun no teniendo en su poder la cosa.

### 1.3 Principales teorías doctrinales en materia posesoria.

#### 1.3.1 Teoría Subjetiva de Savigny.

Desarrolla lo que él considera la doctrina tradicional, se la conoce como Teoría subjetiva de la posesión.

La teoría subjetiva de Savigny sostiene que el elemento principal y determinante en la posesión es el intencional. Si no hay voluntad de retener la cosa para sí, no hay posesión aun cuando la cosa esté materialmente en poder de una persona.

“Savigny, partiendo de la nomenclatura y la clasificación posesoria de los romanos, atribuye a la posesión dos elementos: el *corpus* y el *animus*. El *corpus* consiste en una serie de actos materiales que traduce el poder físico que una persona ejerce sobre una cosa. El *animus* es la intención de tener la cosa para sí, o de obrar como propietario de la misma. El *corpus* por sí solo genera una situación de hecho que es la tenencia: pero no hay posesión si no hay ánimo. La mera tenencia se transforma en posesión apenas el titular empieza a considerar la cosa poseída como de su propiedad. Los romanos clasificaban el *animus* en *animus possidendi*, *animus dominii* y *animus reb sibi habendi*. Para Savigny, en la posesión, el *animus* debe ser siempre a título de dueño, *animus dominii* o, por lo menos

*rem sibi habendi* (de tener la cosa para sí mismo). Este elemento anímico es lo que da nombre a su teoría: subjetiva de la posesión. La diferencia entre el mero tenedor y el poseedor depende de que su elemento subjetivo sea *animus detinendi* o *animus dominii*. Pero esa posición anímica no debe ser arbitraria: debe derivarse algún título para transferir el dominio, en el caso de *animus domini*. Como el ánimo es un elemento subjetivo difícil de establecer, para Savigny existe una presunción *juris tantum* para todo tenedor.<sup>15</sup>

“El *corpus* es el conjunto de actos materiales que demuestran la existencia del poder físico que ejerce el poseedor sobre la cosa para retenerla en forma exclusiva. Por sí solo, engendra un estado de cosas que se llama detentación o tenencia, que es la base de la posesión; pero no implica la posesión, pues si no existe el *animus*, no hay posesión, sino un fenómeno radicalmente distinto, que podríamos calificar con cualquiera de estos nombres.

El *animus* consiste en ejercer los actos materiales de la detentación CON LA INTENCION DE CONDUCIRSE COMO PROPIETARIO, a titulo de DOMINIO. ¿Debe ser siempre *domini*, de dueño? Sí, contesta Savigny: debe ser siempre *domini* (de dueño) o al menos *reb sibi habendi* (de tener la cosa para sí).

---

<sup>15</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano P-Z*. Editorial Porrúa, México, 2001. p. 2828.

Por tanto, para Savigny 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 *animus domini o rem sibi habendi*".<sup>16</sup>

*Así pues, de lo anteriormente expuesto, deducimos que Savigny pretende identificar la noción de posesión con la de poder físico sobre la cosa, sin advertir que este poder físico es relativo y limitado. La posibilidad de adquirir la posesión mediante la custodia es irreconciliable con la necesidad de la presencia personal de aquel que aprehende, pues, como veremos más adelante se puede poseer una cosa sin tener su aprehensión inmediata, ni tampoco la posibilidad de excluir toda intromisión de terceros. Podemos, en consecuencia, decir que la formula originaria del corpus possessionis, poder físico exclusivo y presencia de la cosa, es sumamente estrecha, pues podríamos acabar con el arduo problema de saber si en un caso dado hay posesión o no la hay, únicamente fundándonos en la experiencia de la vida cotidiana. Solamente por la manera en que una persona se conduce respecto a una cosa, nos es posible en realidad saber si tiene la posesión de ella. Esta manera es la forma de conducirse respecto de la cosa poseída como lo haría normalmente un propietario, atendiendo siempre a la naturaleza de la cosa, a la forma de utilizarle desde el punto de vista económico, y el uso siempre variable según el país y la época.*

---

<sup>16</sup> Ibarrola, Antonio de. *Cosas y Sucesiones*, Editorial Porrúa. 14ª. edición. México, D.F. 2003. p. 139.

### 1.3.2 Teoría objetiva de Ihering.

“Para la teoría objetiva de *Von Ihering*, el elemento principal y determinante en la posesión es el material. Hay posesión cuando una cosa está materialmente en poder de una persona. El elemento intencional de la posesión, es algo meramente subjetivo y podemos averiguar cual es la voluntad interna de una persona. La intención sólo puede suponerse a través de las manifestaciones externas, por lo que parece absurdo dar al elemento intencional el papel preponderante en la posesión. En cambio el elemento material, *el corpus*, es un hecho que cae bajo el dominio de los sentidos: se presenta como un hecho, visible, por lo que parece el más seguro y menos sujeto a error el dar a este elemento material el papel preponderante en la posesión. No basta la mera yuxtaposición de la cosa y de la persona sino que es necesaria en la persona la voluntad de poseer (el preso no posee sus cadenas)”.<sup>17</sup>

*Este modo visible de actuar respecto de la cosa como lo haría un propietario, tiene una importancia enorme para la seguridad de la posesión, pues gracias a esta facilidad de reconocer la existencia de la posesión, el poseedor está seguro de ver su posesión respetada por las personas honradas.*

---

<sup>17</sup> Arce y Cervantes José. *De los bienes*. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1997. p. 24.

Así entonces, “para constituir la posesión; alcanza con la relación corporal del hombre con la cosa, acompañada de la intención de persistir en esa relación. En consecuencia: a) como el *corpus* lleva implícito el *animus*, cualquier tenencia o detentación, en nombre propio o ajeno, es una posesión, porque cuenta con los elementos necesarios para ello; b) sólo se dejará de amparar al poseedor por la perturbación que se le haga cuando la ley expresamente lo señale, y c) el actor en materia posesoria sólo tiene que probar el *corpus* (o tenencia), mientras que el demandado podrá probar que esa tenencia en especial esta privada, por la ley, de protección.”<sup>18</sup>

Y a manera de ejemplo podemos citar lo siguiente: **“Es singularmente penetrante el jurista por lo que respecta a la realidad, a esa realidad cotidiana que el pueblo mismo descubre y que la hace ver palpablemente cuando observa un automóvil la diferencia de actitud entre el que simplemente se apoya en él, el chofer que lo conduce y el dueño mismo del vehículo. Quien se siente dueño lleva a cabo cuantos actos realizaría el verdadero propietario.”**<sup>19</sup>

*Lo que hace que exista la posesión no es sólo la voluntad del poseedor sino que es algo externo objetivo a la voluntad del poseedor, esto es la ley; es decir, que dependiendo la causa legal en virtud de la cual*

---

<sup>18</sup> Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano P-Z*. Editorial Porrúa, México, 2001. p. 2928.

<sup>19</sup> Ibarrola, Antonio de. *Cosas y Sucesiones*. Editorial Porrúa. 14<sup>a</sup>. edición. México, D.F. 2003. p. 145.

*despleguemos actos de tenencia o de explotación de la cosa, nos situaremos en un determinado rango posesorio o de tenencia, con las respectivas consecuencias jurídicas que cada rango tutelen.*

Ahora bien, consideramos oportuno finalizar este apartado con las reflexiones que al respecto esgrime el ilustre tratadista **Julio Cesar Benedetti**: “Las ideas centrales que se advierten en Ihering, cuando trata de enunciar los postulados de su propia concepción, son, como ya lo hemos dicho las siguientes: la posesión es la avanzada de la propiedad y las leyes la protegen, no en consideración a ella misma, sino porque es la exterioridad de la propiedad. Esa protección facilita la defensa de la propiedad, evitándole al propietario tener que recurrir para defender su derecho, a la prueba ‘diabólica’ del dominio. Aunque así concebida la posesión, se llega a veces a un ‘fin no querido’ por la ley, o sea cuando su protección alcanza al no propietario, este inconveniente no puede evitarse y debe ser tolerado, no sólo en razón de las ventajas que ofrece el sistema, sino también porque en la generalidad de los casos, quien posee es el propietario o una persona autorizada por éste.”<sup>20</sup>

*Aquí el autor aborda varios aspectos, el referente a que la posesión es protegida no en sí misma, es decir, a la equívoca idea del poder*

---

<sup>20</sup> Benedetti Julio Cesar. *La posesión. Teoría y práctica de su amparo*. Reimpresión. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires. 1972. p. 25.

*hecho, sino más bien por actuar sobre la cosa como normalmente lo haría un propietario, desplegando actos apreciables por los sentidos cuya conducta lleve intrínseca una causa de propiedad; cambios sustanciales sobre el bien que sólo el propietario sería capaz de hacer, sin mediar autorización previa o intervención de terceros; y lo tocante a la presunción de propiedad, precisamente por la ejecución de actos exclusivos de dueño, presunción que puede desvirtuarse en una contienda judicial en atención a las cargas probatorias que la ley impone a las partes litigantes.*

Afirma también, “que el estado normal de ejercicio de la propiedad se exterioriza por la posesión y a la inversa, los actos posesorios generalmente responden al ejercicio de la propiedad. De ello resulta que en la mayoría de los casos en que la propiedad y la posesión están separadas y en conflicto, ésta última tiene su origen en un acto ilegítimo de apoderamiento, en cuanto se habrá llevado a cabo a despecho del propietario de la cosa”.<sup>21</sup>

*Lo anterior es correcto, puesto que la posesión es el reflejo real y tangible de la propiedad, mientras que la posesión existe cuando le precede una causa legal de propiedad, pues en ausencia de dicha causa legal, tan sólo estaríamos en presencia de otra figura, ya sea la del mal llamado poseedor derivado, o bien, la de despojante o ladrón en transición hacia la propiedad.*

---

<sup>21</sup> *Ibidem.* p. 28.

### 1.3.3 Teoría Ecléctica de Saleilles.

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

Así entonces, tenemos que Saleilles define la posesión de esta manera: “*Efectividad consciente y querida de apropiación económica de las cosas.*”<sup>22</sup>

A efecto de clarificar la teoría en comento, podemos hacer una comparación entre su definición, la de Savigny y la de Ihering, haciendo una especie de clasificación de las teorías posesorias, reuniéndolas en tres grupos, para lo cual nos apoyaremos en la estructura del tratadista Rojina Villejas:

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

II. En el extremo opuesto, tenemos la teoría de Savigny, que es la dominante, la cual funda la posesión en la relación de apropiación jurídica, y para él no hay mas poseedores que los que pretenden la propiedad, y

---

<sup>22</sup> Rojina Villegas Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*. Trigésimo quinta edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 2003. p. 201.

III. Entre estas dos teorías puede colocarse, a modo de grado intermedio, la que nos ocupa, que funda la posesión en la relación de apropiación económica, y que declara poseedor a todo aquel que en el orden de los hechos aparezca gozando independientemente, y a quien entre todos aquellos que mantienen relaciones de hecho con la cosa, deba considerársele, con justo título, como dueño de hecho de la misma".<sup>23</sup>

*Nosotros concluimos que la relación de carácter social, consistente en la situación económica en que se encuentra una persona respecto de una cosa colocada bajo su potestad material, toma en consideración todos los elementos que se revelan al exterior y muy especialmente, los elementos de carácter jurídico cuya apariencia revisten. Aunque Saleilles no menciona expresamente que la posesión consiste en actuar respecto a una cosa como lo haría un propietario, sin embargo al hablar de los elementos externos y de la apariencia que revisten las cosas para juzgar de la posesión, es indudable que adopta la teoría sustentada por Ihering.*

## **1.4 Conceptos jurídicos de la posesión.**

### **1.4.1 Códigos de 1870 y 1884 del Distrito Federal**

Respecto al que nos ocupa, es importante denotar que la intención

---

<sup>23</sup> *Ibidem.* p. 202.

es obtener sólo una breve remembranza, y dado la época de los ordenamientos en cuestión, consideramos útil y necesario apoyarnos para su análisis, en ciertos argumentos que el ilustre autor Magallón Ibarra, reproduce en su obra (Instituciones de Derecho Civil. Tomo IV. pp. 145 - 149) <sup>24</sup> en clara alusión al profesor Don Jerónimo Díaz, (diferenciándolos claramente mediante el uso de otro tipo de letra), intentando sintetizar y obtener lo más adecuado en torno al contexto de nuestro trabajo, a saber:

Este Código (1870 del Distrito Federal) inspirado principalmente en las leyes de las siete partidas, tomó muchos artículos y preceptos de éste aunque por fortuna no conservó la división que hacía de la posesión en natural de civil, pues lo legisladores la consideraron completamente inútil e innecesaria.

Don Jerónimo Díaz señala que en materia de posesión tenemos como antecedente de las leyes mexicanas las Leyes de Partida, que definían la posesión diciendo: Posesión es la tenencia *justa* que tiene el hombre de las cosas corporales, con la ayuda del cuerpo y del entendimiento. Sin detenerse a considerar el hecho de que esta definición sólo es aplicable a las cosas materiales, es claro que la simplicidad de la definición es sólo aparente. El calificativo de *justa* que la definición aplica a la tenencia de las cosas, desvirtúa por completo la definición de la posesión. Se me dirá que la única posesión protegida por la ley es la que se funda en una tenencia justa. Esto es un error. El apoderamiento y tenencia de una cosa, mero hecho material, se

---

<sup>24</sup> Cfr. Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de de Derecho Civil. Tomo IV: Derechos Reales*. Editorial Porrúa. México, DF. 1990.

produce justa o injustamente. Hay posesión con derecho y sin derecho. Para que no salte algún crítico, repetiremos que una cosa es la posesión, mero hecho, y otra los efectos jurídicos que debe producir la posesión. La posesión producirá distintos efectos, según se justa o injustamente. **En otros términos, la posesión aun siendo contra derecho, es posesión. De la misma manera que la filiación, aun siendo ilegítima y hasta delictuosa, es filiación. Por eso no puede aceptarse como buena la definición que las Leyes de Partida dan de la posesión.**

*En efecto, si bien la posesión debe sustentarse en un acto adquisitivo de dominio, también puede ser consecuencia de un hecho ilícito, tal como acontece en el despojo o el robo, que en tanto subsista la negligencia del propietario, continúan en ascenso rumbo a la usucapión.*

La Comisión redactora que elaboró el proyecto del Código Civil de 1870, no adopta la definición que hemos visto ya de las Leyes de Partida, sino que la definieron así:

Art. 919. Posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre.

Se dice que, intencionalmente, omitieron el calificativo de *justa* que las Leyes de Partida exigieron en su definición, muy probablemente para que no se les imputara proteger a los ladrones y bandidos.

Por tanto, si dicha definición se hubiera limitado a decir que la posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho, sería impecable. Pero al añadir que “por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre” desvirtuaron por completo el innegable acierto de la primera parte de la definición. **Si otro puede poseer “en nuestro nombre”, eso significa que no es verdad que posesión es la tenencia de una cosa. Cuando en los términos de ese artículo, alguien posee ‘a nombre de otro’, el realmente poseedor es el que tiene materialmente la cosa en su poder.**

Esto último, lo abordamos en el capítulo II al denotar las contradicciones que en nuestra opinión, aun hoy en día, contempla el Código Civil para el Estado de México (al igual que la del Distrito Federal).

Asimismo, parece ser que, los legisladores de 1870 intentaron contrarrestar su error, al prever en su artículo 923:

Art. 923. El que posee a nombre de otro no es poseedor en derecho.

Es una perogrullesca verdad que es poseedor de una cosa el que la tiene en su poder o posesión. *Decir que el que posee a nombre de otro no es poseedor en derecho, equivale a decir: al que tiene una cosa en su poder, no la tiene en su poder, sí la tiene a nombre de otro.*

No debemos dejar pasar sin comentario dos disposiciones del Código Civil de 1870 que nos muestran los temores y preocupaciones de los autores de él.

Artículo 925. La posesión da al que la tiene la presunción de propietario para todos los efectos legales.

Artículo 922. El poseedor tiene a su favor la presunción de poseer por sí mismo.

La presunción establecida por el primer artículo es correcta, y una consecuencia necesaria de la definición. Lo normal es que quien tiene una cosa en su poder sea el propietario; por tanto, todo poseedor se presume propietario; *a no ser que se demuestre lo contrario*.

La segunda disposición se armoniza perfectamente con la contenida en el artículo 919. En efecto, según ésta, posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho. El poseedor tiene a su favor la presunción de poseer por si mismo, evitando no tropezar en la práctica con la imposibilidad de la prueba de esta intención o voluntad consistente en poseer a nombre propio y no para otro, y para no dejar a la intención o la voluntad individual la existencia o no existencia de la posesión en un caso de que se tuviera o no se tuviera esa voluntad determinada, la intención o sea el “*animus domini*” siempre se presumía.

Por cuanto hace al **Código de 1884**, éste conservó la teoría subjetiva definiendo la posesión en la misma forma que el Código de 1870, es decir que consideraba la posesión como: “la tenencia de una cosa por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre”, considerando en consecuencia únicamente como posesión aquella que se ejercía con la intención de tener la cosa para sí, a título de dueño, igualmente como resultado de la adaptación de esta teoría no consideraba como poseedor en derecho a aquel que poseía a nombre de otro.

Finalmente, y solo a manera de corolario, nos permitimos denotar que hoy en día, el Código Civil vigente en el estado de Puebla, aún conserva el sentido y esencia de la definición que de posesión preveían los Códigos en comento, a saber:

**Art. 1344.-** Posesión es la tenencia o el goce, por nosotros mismos, o por otro en nuestro nombre, de un bien corpóreo, o de un derecho, respectivamente, con el ánimo de comportarnos como propietarios de ese bien o como titulares de ese derecho.

**Art. 1346.-** Quien posee a nombre propio es poseedor civil y ejerce, por sí mismo o por otra persona, sobre el bien poseído, un poder de hecho para su aprovechamiento exclusivo.<sup>25</sup>

#### **1.4.2 Código de 1928 del Distrito Federal.**

Respecto al ordenamiento que nos ocupa, de igual forma haremos uso, por amena y útil, de la argumentación que reproduce el tratadista Magallón Ibarra, precisamente en su citada obra (pp. 149 -154), y en evidente alusión al profesor Don Jerónimo Díaz (*identificando tales argumentos con otro tipo de letra*), a saber:

En la Exposición de Motivos de la Comisión Técnica de Legislación, Sección Civil, que tuvo a su cargo la preparación del proyecto de Código de 1928, que nos rige, al explicar los razonamientos que infunden los criterios utilizados, se

---

<sup>25</sup> Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla. Editorial Cajica. S.A. de C.V. 2004.

indica: Se ensayó implantar la teoría objetiva de la posesión, llevándose más lejos de donde habían llegado los códigos alemán y suizo. En el proyecto no se exige para conceptuar poseedora a alguna persona el *animus domini* de la escuela clásica, ni siquiera el *animus possidendi* de la escuela de transición, aceptado por el código japonés, sino que basta para adquirir la posesión que se ejerza un verdadero poder de hecho sobre la cosa, en provecho del que la tiene, sin perjudicar a la colectividad, y por eso se reconoce como poseedor al arrendatario y a todos los que conforme a la antigua escuela poseían a nombre de otro. De acuerdo con el proyecto, los llamados detentadores serán poseedores, porque hay que proteger un estado de hecho que tiene valor social y económico por sí mismo.

Ahora bien, para efecto de no chocar con el artículo 17 de nuestra Carta Magna, no se concedió a la posesión el procedimiento de defensa que otros códigos, entre los que se encuentra el alemán, el suizo y el brasileño, le conceden: *el de defensa privada*; que conocemos como la Ley del talión, que significa: “en igual medida”; “ojo por ojo, diente por diente”; sino que prevaleció la garantía de seguridad jurídica, consistente en que nadie puede o podrá hacerse justicia por su propia mano; en lugar de ello se concedieron las acciones tradicionales de retener y recobrar la cosa poseída. A propósito de lo anterior, es conveniente plasmar el texto de dicho precepto constitucional, que reza así:

**Artículo 17.-** Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil.<sup>26</sup>

Según la misma Comisión, a partir de la publicación del libro de Ihering, denominado teoría de la posesión, fue paulatinamente abandonándose la doctrina clásica que exigía dos elementos para que la posesión existiera: el *corpus* y el *animus*, o sea la tenencia de la cosa y el propósito de tenerla para sí, hasta separarse de la doctrina subjetiva que en materia de posesión campea en el Código Civil de 1884 y procuró cristalizar en preceptos legislativos los postulados básicos de la escuela objetiva.

El Código Civil de 1932 ensayó así el establecimiento de lo que sus autores entendieron que era la teoría objetiva de la posesión:

Art. 790. Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto por el artículo 791. Posee un derecho el que goza de él.

A primera vista la definición parece impecable. Para definir al poseedor no se toma en cuenta más que el poder de hecho que se ejerza sobre la cosa; pero

---

<sup>26</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista. México, D.F. 2004.

viene el escollo insuperable del inciso explicatorio que dice: “salvo lo dispuesto por el artículo 791”, el cual dice:

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 poseedores de la cosa*. El que posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro una posesión derivada.

Con razón los legisladores de 1932 dijeron modestamente que se ensayó implantar la teoría objetiva de la posesión. Y el ensayo fue positivamente desastroso.

En efecto, según el artículo 790 es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho. Dicho en otros términos: donde quiera que una persona ejerce sobre una cosa un poder de hecho, hay posesión. Si esto es verdad, la inversa debe serlo igualmente: cuando no hay poder de hecho ejercido sobre una cosa, no hay posesión conforme a la ley.

Ahora bien, sustituyendo en el artículo 791 la palabra “poseedor”, por la definición dada en el artículo 790, quedaría así: 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 u otro título análogo, *los dos ejercen sobre la cosa un poder de hecho*

**¿Puede ser esto admisible?**

Si una persona tiene en su poder una cosa y está ejerciendo sobre ella un poder de hecho; **si el artículo 790 ha definido al poseedor como el que ejerce el**

**poder de hecho sobre una cosa, no queda al capricho del legislador el considerarlo o no como poseedor. O es poseedor o no lo es. O ejercita sobre la cosa un poder de hecho, o no lo ejercita.**

Así pues, a manera de resumen podemos afirmar que el Código Civil promulgado en 1928 y que no entro en vigor sino hasta 1932, es decir cuatro años después; adopta en sus preceptos la teoría objetiva de la posesión expuesta por Rodolfo Ihering, pero modifica una tanto la teoría de Ihering reduciendo a un sólo caso la tenencia, esta es la tenencia o detentación que Saleilles califica de detentación subordinada y es la de los dependientes y domésticos. Además, y en esta ocasión volviendo hacia un concepto antiguo y demasiado estrecho, considera lo mismo que los dos códigos ya mencionados, la posesión como un poder de hecho, material, ejercido por una cosa. Como antes vimos, el Código en comento en su artículo 790, considera poseedor de una cosa a aquel que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo aquellas personas que se encuentran bajo la dependencia y orden del propietario de esa cosa.

De la misma manera, tanto el actual Código Civil para Distrito Federal como el del Estado de México, aún prevén la esencia y el texto del multicitado artículo 790, a saber:

“Art. 790.- 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”.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Código Civil para el Distrito Federal. 70ª. edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 2003.

“Art. 5.28. Es poseedor de un bien el que ejerce sobre él un poder de hecho. Posee un derecho el que lo goza.

Art. 5.31. Cuando una persona tiene en su poder un bien por una situación de dependencia respecto del propietario, y la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor sino precarista”.<sup>28</sup>

Finalmente, abundaremos más sobre esto último, pero exclusivamente con relación al Código Civil para el Estado de México. Así pues, pareciera que el único caso consagrado de tenencia, es el previsto en el citado numeral 5.31.; sin embargo, el mismo Código se refiere a continuación, a *otros casos que podemos calificar de tenencia*, estos son todos aquellos incluidos en el artículo 5.32., el cual dice: “Sólo pueden ser objeto de posesión los bienes y derechos que sean susceptibles de apropiación”. En consecuencia, todas aquellas cosas que no sean susceptibles de apropiación, aun cuando se ejerza sobre ellas un poder de hecho requerido por el Código para la posesión, no se puede tener la posesión de ellas. *Al considerar la ley como poseedores, y por lo tanto desprovistos de protección, a todos aquellos que ejercen un poder de hecho sobre una cosa que no es susceptible de apropiación, aunque la ley no lo diga expresamente, la relación posesoria en que se encuentra no puede ser otra mas que la tenencia.*

A fin de determinar todos los casos que entran dentro del artículo

---

<sup>28</sup> Código Civil del Estado de México. Editorial Sista. México, D.F. octubre de 2004.

5.32. del Código Civil como tenencia, tenemos que enumerar todas aquellas cosas que no son susceptibles de apropiación. Éstas son todas aquellas que están **fuera del comercio**. Nos referiremos solamente a aquellas cosas o bienes que están fuera del comercio por virtud a una disposición legal, y no a aquellas que lo están por su naturaleza pues en esas ni siquiera se puede concebir una relación posesoria.

Por lo tanto, los únicos bienes que en realidad están fuera del comercio y no son susceptibles de apropiación, son los bienes de uso común y los destinados a un servicio público. Como ejemplo de los primeros, citaremos las plazas, calles, parques, caminos, etcétera; los segundos serían los barcos de guerra, los edificios de oficinas públicas, etcétera.

La razón por la cual no se pueden poseer esos bienes o cosas, es que están determinadas a un fin utilitario, deben ser conservados en el destino que la ley les ha asignado; por lo cual no pueden ser apropiados ni poseídos. Es imposible concebir respecto a ellos la posesión, pues el que los tiene en su poder aun cuando en apariencia aparezca como poseedor, por existir los elementos necesarios para constituir la posesión, en realidad esa posesión no existe por haber una disposición legal que dice que respecto a **todos los bienes que no son susceptibles de apropiación tampoco pueden ser susceptibles de posesión.**

Así pues, el que se encuentre en una relación posesoria respecto a una cosa o bien destinado a un uso común o a un servicio público, sólo tiene la tenencia de ella pero nunca la posesión.

### **1.4.3 Código Civil del Estado de México.**

En su artículo 5.28. que ya hemos transcrito, establece: Es poseedor de un bien el que ejerce sobre él un poder de hecho. Posee un derecho el que lo goza.

Debemos mencionar que en relación a la definición que nos ocupa, hemos destinado dos capítulos exclusivos para su análisis (SEGUNDO y TERCERO), por tanto, será ahí donde argumentaremos todo lo concerniente.

## **1.5 Conceptos doctrinales de la posesión.**

### **1.5.1 Tesis de Oscar Morineau.**

“Escribe en 1948 su monografía Los Derechos Reales y el Subsuelo en México, en la que reconoce al derecho su estructura bilateral, como ‘atribución de actividades humanas exteriores’, encontrando en el derecho real un facultamiento de conducta propia del titular y ajena en los derechos personales. El objeto del derecho es la actividad humana y jamás la cosa.

Concluye su estudio el citado autor reiterando que en la esencia de los derechos reales se sancionan *actividades y abstenciones humanas*. Por tanto agrega: “También aquí se limita el derecho a sancionar actividades humanas: hacer y no hacer correlativos. Esto es natural, pues el derecho no puede ordenar o permitir nada a la cosa ni siquiera hacerla su objeto inmediato, ya que, el objeto directo o inmediato del derecho es siempre la actividad o abstención humanas. De aquí no se sigue que el derecho real tenga por objeto la abstención de los demás o que pueda definirse por el respeto universal que impone. El derecho real tiene por objeto inmediato precisamente la actividad de su titular; es el derecho a la propia conducta cuando se refiere a las cosas y tiene por deber jurídico correlativo el deber de abstención impuesto a los demás sujetos dentro de cada orden jurídico. Esto se debe a la circunstancia de que la bilateralidad no significa identidad de actividades atribuidas como facultad y deber correlativos. Tampoco tiene por objeto inmediato la cosa; este es el error de la teoría clásica. Tiene por objeto inmediato las actividades que el titular debe ejercer sobre las cosas”.<sup>29</sup>

En términos de lo anterior, consideramos que mejor aún resulta entender el derecho real como un poder jurídico que se ejerce directa e inmediatamente sobre una cosa, para disfrutarla, usarla y disponer de ella, siendo oponible a terceros, lo cual implica que existe un deber correlativo, no de la cosa, sino de un sujeto pasivo determinado o indeterminado, una “obligación de no hacer”, de abstenerse impedir el aprovechamiento de la

---

<sup>29</sup> Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de de Derecho Civil. Tomo IV: Derechos Reales*. Editorial Porrúa. México, DF. 1990. p. 86.

cosa, lo que constituye la oponibilidad, es decir, la obligación de no hacer, no devienen de un acto jurídico bilateral que vincula a las partes contratantes, sino que dicha obligación es por disposición de la ley, incluso podría afirmarse que se trata de una disposición de orden público, irrenunciable, imprescriptible, pues, toda persona tiene atributos, siendo uno de ellos el patrimonio, que en el caso que nos ocupa, resulta ser la posibilidad de ejercer actos de aprovechamiento sobre una cosa, lo que implica que nada ni nadie debe interferir, que se debe de abstener de perturbar dicho aprovechamiento.

Así pues, podemos afirmar que la oponibilidad es una obligación pasiva universal, lo que sin duda, no sólo es una característica exclusiva de los derechos reales, sino una obligación impuesta en virtud de la convivencia humana y en relación con toda clase de derechos.

### **1.5.2 Concepto de Planiol.**

“Para Planiol, la posesión es el ejercicio, sobre una cosa, de un poder de hecho que, en su manifestación exterior y, al mismo tiempo en la intención del poseedor, corresponde al ejercicio de un derecho. A pesar de que la posesión no esta necesariamente ligada a la existencia de un derecho –aunque en la mayoría de los casos coexiste con el derecho a poseer– el objeto de la posesión debe poder ser objeto de derecho, por lo que la posesión no puede aplicarse sino a las cosas que son susceptibles de propiedad privada y no sobre los bienes de dominio público ni sobre

las cosas comunes. Igualmente puede versar solamente sobre cosas determinadas y no sobre universalidades”.<sup>30</sup>

Consideramos que su apreciación de posesión es muy acotada, pues es impreciso cuando sostiene que la posesión corresponde al ejercicio de un derecho, sin especificar que clase de derecho; ya que nosotros estimamos que la posesión surge exclusivamente cuando le precede una causa legal de propiedad, ya subjetiva u objetivamente válida, pues cualquier acto jurídico diverso al de propiedad, sólo entrañaría un rango de tenencia inferior, que bien podría estar desprovisto de protección jurídica. Y finalmente secundamos que no puede existir posesión, respecto de todas aquellas cosas que no sean susceptibles de apropiación, por estar fuera del comercio.

### **1.5.3 Criterio de R. Rojina Villegas.**

Al respecto, este distinguido autor asevera: “Tomando en cuenta los principios fundamentales de la teoría objetiva de Ihering, así como los datos que arroja el análisis de los códigos de Alemania, Suiza y del vigente en el Distrito Federal, podemos formular la siguiente definición: La posesión es un poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre una cosa para su aprovechamiento total o parcial o para su custodia, como consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal, o de una situación contraria a derecho.”<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Arce y Cervantes José. *De los bienes*. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1997. p. 23.

<sup>31</sup> Rojina Villegas Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*. Trigésimo quinta edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 2003. p. 214.

En principio, podríamos afirmar que la definición que dicho autor vierte sobre la posesión, abarca en esencia la idea que tenemos sobre el tema, pero no es así, ya que no compartimos la idea del poder físico, y menos aun que éste pueda ser consecuencia de un derecho personal, pues sostenemos que la posesión solo aparece en tanto el propietario es quien directa o indirectamente dispone de la cosa, que el poder de hecho es tenencia, que ésta puede ser de diversas maneras según la naturaleza de la causa legal que la preceda, no siendo indispensable que el propietario tenga en su poder la cosa para ser considerado poseedor siempre que para ello haga uso de un tercero, en razón a un derecho real diverso de la propiedad (usufructo) o de un derecho personal (arrendamiento). Y por cuanto hace a que la posesión (poder de hecho según dicho autor) puede ser consecuencia de un derecho personal, nosotros no compartimos ello, pues preferimos ubicar a aquellos que retienen temporalmente la cosa en virtud a un acto jurídico de esa índole, como detentadores con causa legal, cuya tenencia solo es momentánea y la retienen en nombre de su titular; reservando la connotación poseedor al propietario, en tanto tenga el dominio y explotación de la cosa.

#### **1.5.4 Criterio de Enneccerus/Kipp/Wolf.**

De esta obra, retomaremos y daremos nuestra opinión en lo concerniente al *poseedor en nombre propio o en nombre ajeno y la posesión*

*mediata o posesión inmediata*, connotaciones dadas por los autores en cuestión, seguidas por nuestra respectiva opinión:

“Ahora bien, es poseedor en nombre propio “el que posea una cosa como a él perteneciente”. No es menester que le pertenezca realmente, ni que él mismo crea le pertenece: el ladrón es también poseedor en nombre propio. Basta que la posea *como* una cosa que le pertenece, que su posesión constituya *expresión* o *representación de la propiedad*. ¿Cuándo sucede esto? En los casos en que la adquisición de la posesión se base en la *voluntad* del adquirente, decide la *dirección de esta voluntad*. Si su voluntad se dirige a colocarse para con la cosa en la posición que corresponde al *contenido de la propiedad*, será poseedor en nombre propio. En ésto, pues, la posesión en nombre propio es idéntica a la *possessio* romana del que tenga *animus domini*. “<sup>32</sup>

Aquí encontramos al poseedor, ya con justo título o de mala fe, aquel que no reconoce a nadie más como titular de la cosa e inicia una serie de actos sobre ella de tal manera que lo hagan ver frente a los demás como su dueño, precisamente por así sentirlo y creerlo. Si dicha creencia es fundada en alguna causa legal de propiedad, puede consolidar su propiedad mediante la usucapión en menor tiempo, pero si dicha creencia se finca en un hecho ilícito como el robo o el despojo, el camino hacia la prescripción

---

<sup>32</sup> Ludwing Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolf. *Tratado de Derecho Civil. Tercer Tomo: Derecho de Cosas. Volumen primero. Posesión – Derecho inmobiliario – Propiedad*. Traducción Española de Blas Pérez González y José Alguer”. BOSCH, Casa Editorial. Barcelona. 1971. p 52.

positiva resulta muy sinuosa y con una continua incertidumbre

“La posesión en nombre no propio, en tanto exprese un derecho de posesión, es, según la categoría de tal derecho posesión a título de arrendamiento, comodato, depósito, prenda, administración, etcétera. Todos estos casos suelen calificarse globalmente como “*posesión en nombre ajeno*”.<sup>33</sup>

Nosotros preferimos denominar a esta categoría, como detentadores con causa legal, cuya tenencia de la cosa lo es temporal, reconociendo en todo momento como dueño al titular del bien, sin más ánimo que obtener un provecho transitorio de la cosa, pues no podrían aspirar a más, dado la naturaleza de acto jurídico origen de su tenencia.

“La posesión mediata es la que se tiene por mediación de la posesión de otro: entre el poseedor mediato y la cosa media aquel que (en contraposición al servidor de la posesión) tiene la posesión misma; es el *mediador posesorio o subposeedor*; el poseedor mediato es *poseedor superior*. Aquel que posee sin mediador posesorio, se le llama poseedor inmediato.”

La posesión mediata presupone, aparte de una posesión del mediador, una cierta *relación* entre el poseedor superior y el subposeedor. Este tiene que poseer la cosa “a título de usufructuario, acreedor pignoraticio, arrendatario, depositario o en

---

<sup>33</sup> *Ibid*, p. 53.

una relación semejante, en virtud de la cual esté temporalmente facultado u obligado frente a otro a la posesión”. Es claro que se requiere una relación jurídica que dé al poseedor mediato una pretensión de entrega contra el mediador. También es evidente que *no toda pretensión de entrega es adecuada para constituir una posesión superior.*

34

Los párrafos precedentes se refieren, pero desde otra perspectiva, primero, al propietario ejerciendo personal y directamente la tenencia de su bien, surgiendo así la figura del poseedor inmediato; segundo, la referida posesión mediata presupone un vínculo entre el llamado poseedor superior y el subposeedor, que en nuestra opinión deberían referirse al propietario y detentador con causa legal respectivamente, pues nosotros sostenemos que la connotación poseedor debe entenderse exclusivamente a la luz de aquel que actúa sobre la cosa como lo haría un propietario.

Finalmente, nos interesa retomar y explicar algunas de las reflexiones que sobre *posesión y detentación* ha formulado el ilustre tratadista **Francesco Messineo**.

“Desde el punto de vista del elemento material, no hay diferencia entre detentación y posesión, puesto que una y otra implican un poder de hecho. De aquí, la dificultad de discernirlos en la práctica, mientras no se recurra al elemento espiritual,

---

<sup>34</sup> Ludwing Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolf. *op. cit.*, p. 55.

que es donde reside la diferencia.”<sup>35</sup>

Consideramos que lo anterior es equívoco, pues más que el simple poder de hecho, la detentación y la posesión se pueden diferenciar atendiendo a la forma en que se actúa sobre la cosa, lo cual pondría al descubierto el elemento intencional; con lo que se evitaría, en caso de una futura contienda judicial, la problemática de acreditar un elemento interno, ciñéndose exclusivamente al acreditamiento de un elemento externo y tangible: la causa o acto jurídico en virtud del cual deberían fundar su actuar sobre la cosa, para saber si en verdad estaban facultados para ostentarse como lo pregonaban.

“En la detentación, el poder de hecho del detentador nace de un título, en virtud del cual, ese detentador subordina el propio poder al mayor poder de otro. En tal sentido, el del detentador se debe calificar como *animus* que implica el reconocimiento de un poder superior de otro; y, éste en neta antítesis con el *animus* del poseedor. En sustancia, en la detentación se tiene el *animus detinendi* (que tiene el contenido antes explicado), no el *animus possidendi*, en cuanto el detentador no niega la titularidad ajena del derecho sobre la cosa.”<sup>36</sup>

Aquí se habla, en cierta medida, de lo que actualmente se conoce

---

<sup>35</sup> Messineo Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III: Derechos de la personalidad – Derecho de familia – Derechos reales*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.-sin fecha de edición. p. 214

<sup>36</sup> *Id.*

equivocamente como poseedor derivado, y que mas adelante lo sustituiremos por un detentador con causa legal, cuya tenencia lo es momentánea y apoyada en un acto jurídico que tan solo le concede su retención temporal, y en virtud del cual dicho detentador reconoce en todo momento una situación superior a él, la propiedad del titular de la cosa, de aquel cuyo vinculo jurídico lo obliga inminentemente a devolverle el bien.

“El haber comenzado a ejercitar el poder de hecho como detentación, conduce a la consecuencia de que la sola *circunstancia* de preservar en ese poder *no* vale para transformar este poder en posesión; a menos que el título del poder de hecho llegue a modificarse”.<sup>37</sup>

Esto es cierto, pues nadie puede cambiar unilateralmente la causa de su detentación, pues si eso se pretendiera, sería mejor entregar la cosa y luego robarla o despojarla, en cuya hipótesis su causa lo sería ahora un hecho ilícito, que eventualmente le permitiría apropiarse legalmente de la cosa por medio de la usucapión, claro, debiendo transcurrir el plazo respectivo y que subsista la negligencia del propietario.

Hacemos notar que será en los capítulos subsecuentes donde abordaremos ampliamente nuestra propuesta posesoria y de tenencia, explicando congruentemente las ventajas que presenta nuestra aportación.

---

<sup>37</sup> Messineo Francesco. *op. cit.* p. 214



**CAPÍTULO SEGUNDO**  
**“LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL**  
**Y EN LA JURISPRUDENCIA”**

**2.1 Lo incomprensible en el Código Civil del Estado de México.**

*A continuación abordaremos diversas disposiciones del Código Civil vigente en el Estado de México, a efecto de desarrollar el punto en cuestión, sin que para ello tengamos que colocar pies de página al abordar cada uno de los artículos en comento, pues mencionaremos en su caso de que trata cada precepto, aunque si se quiere constatar el contenido respectivo, se puede tener a la mano dicho ordenamiento; máxime cuando dicha fuente ya fue precisada como pie de página en el capítulo precedente.*

Se infiere del concepto que el Código civil en consulta nos da de poseedor, que la posesión de acuerdo al artículo 5.28. es un poder de hecho que la persona ejerce sobre una cosa, “esto debe traducirse en un poder reflejado materialmente”.

Algunos artículos posteriores, establecen que el dueño que otorga el goce temporal en arrendamiento es poseedor originario. ¿Ejercerá él un verdadero poder de hecho sobre la cosa? ¡Claro que no! mas sin embargo se deduce aquí que la ley considera que aunque el dueño no esté en la cosa es POSEEDOR. Como se nota, ésto contradice al artículo 5.28.

Atendiendo a lo anterior nos confundimos cuando observamos que el artículo 2.2. del Código adjetivo civil, establece que la reivindicación compete al propietario que no tiene la posesión de la cosa.

En este caso la ley considera que el propietario o dueño no tienen la posesión, por no estar en la cosa. ¡Es notoria la vaguedad! Se está confundiendo a la posesión con la tenencia.

A pesar de que la legislación civil en cita, considera que la posesión es un poder de hecho, niega el carácter de poseedor al que tiene en su poder una cosa en virtud de un mandamiento u ordenes de otra. Tal es el caso de los cuidadores de ranchos, fincas o haciendas. ¿Acaso aquí no existe un poder de hecho? ¿Por qué a estas personas no les considera poseedores y en el caso de los arrendatarios o depositarios sí les reconoce tal carácter?

En ocasiones la ley nos dice que una persona empieza a poseer desde que adquiere la posesión, e inexplicablemente en otras nos menciona que desde que entra en la posesión. ¿Será correcto utilizar indistintamente estos dos vocablos para significar lo mismo? Es evidente que no.

El artículo 5.30. del Código civil aludido, establece que en caso de que alguien despoje al poseedor derivado, el poseedor originario, puede

pedir que a él mismo se le dé la posesión si es que el derivado no la quiere recobrar. En este caso ¿No será ilógico darle la posesión a quien ya la tiene?. Cuando la ley habla de DAR LA POSESIÓN, ¿No se estará refiriendo a la tenencia? O sea DAR LA TENENCIA. Porque si analizamos, el DESPOJO A QUE SE REFIERE ESTE ARTICULO DEBE ENTENDERSE COMO EL DESPOJO DE LA TENENCIA NO DE LA POSESIÓN como se observa.

El artículo 5.41. del multicitado Código civil, establece que todo poseedor deberá ser mantenido o restituido en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer. Aquí, cuando el legislador habló de RESTITUIDO EN LA POSESIÓN se estaba refiriendo, o quiso referirse a la restitución, pero del BIEN MATERIAL, no de la posesión. Por lo que para nuestro criterio esto fue un gran error.

El artículo 2.13. del Código Adjetivo en cita, menciona que al que está siendo perturbado en su posesión, compete el interdicto de retener la posesión. ¿Será susceptible de ser retenida LA POSESIÓN? ¿Este artículo no se estará refiriendo a retener, pero LA COSA MATERIAL? En mi punto de vista, la idea radica en que en este caso el legislador persiste con la lamentable confusión de no poder o saber distinguir entre POSESIÓN DE UNA COSA con TENENCIA de la misma. La prueba está en que nos habla

de una ¡RETENCIÓN DE LA POSESIÓN! Pero veamos a qué se refieren otros artículos con el mismo vocablo.

El artículo 5.31. del Código civil, nos habla de que a quien tiene en su poder una cosa y la retiene en provecho de otro, NO se le considera poseedor. Aquí claramente se está refiriendo a la RETENCIÓN DE LA COSA.

El artículo 5.29. del referido Código Civil, nos menciona que el arrendatario, usufructuario, acreedor pignoraticio, etcétera, retienen temporalmente la cosa. Aquí nuevamente encontramos un fundamento para refutar la expresión del artículo 2.13. del Código adjetivo civil.

Como podemos observar, las contradicciones y vaguedades que hemos encontrado en las disposiciones legales en consulta, son evidencia clara que aun hoy en día no se ha comprendido correctamente la figura jurídica de la posesión, aunque los encargados de crear esas normas jurídicas y aquellos que de una u otra manera hacen uso de éstas, consideren que es un tema fácil de abordar y de entender, ¡claro!, desde su perspectiva equívoca, sin embargo, vemos que nos es así, que la misma definición genera la problemática que hemos precisado.

## 2.2 La posesión de acuerdo con criterios jurisprudenciales.

En cuanto a los criterios jurisprudenciales, emitidos tanto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como los Tribunales Colegiados de Circuito, muchos han sostenido que la protección constitucional se extiende a aquellas personas que gozan de la tenencia material de determinado bien sin importar la causa legal que la originó, pues ésto sería materia de debate ante los Tribunales del fuero común, pero también han sido varios los que sostienen que la referida protección constitucional es dable sólo en cuanto se acredite el interés jurídico del quejoso en relación al bien que posee o ejerce su tenencia; pero ya existe jurisprudencia firme, que sostiene que si bien se debe acreditar la tenencia material, también la causa legal que le dio origen, fincándose en un acto traslativo de dominio o de retención temporal.

Al respecto el ilustre tratadista Ihering argumenta: “De este modo la posesión ha sido reconocida como un interés que reclama protección y digno de obtenerla; y todo interés que la ley protege debe recibir del jurista el nombre de derecho, considerando como institución el conjunto de los principios que a él se refieren. La posesión, como relación de la persona con la cosa, es un derecho; como parte del sistema jurídico, es una institución de derecho.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Von Ihering, Rudolf. *Estudios Jurídicos. La lucha por el derecho del interés de los contratos. La posesión*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, República Argentina. 1990. p. 197.

Así pues, debemos hacer notar que si bien tales criterios adoptan la teoría objetiva de la posesión, en torno al interés jurídicamente protegido y a la esencia posesoria que representa esta teoría, aún conservan la clásica división de poseedor originario y derivado; aunque ya en el capítulo respectivo, propondremos la eliminación de este dualismo, explicando la naturaleza y efectos jurídicos que el hecho de la tenencia produce atento a la causa o fuente en virtud de la cual se despliegan actos de uso y explotación de la cosa.

A efecto de robustecer las manifestaciones precedentes, nos permitimos transcribir las siguientes **tesis de jurisprudencia**:

### **POSESIÓN QUE AMPARA EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.**

No es el simple hecho de la ocupación, sin título alguno en el que pueda apoyarse, la que tutela y protege el juicio constitucional, puesto que no basta la circunstancia de encontrarse una persona detentando un bien inmueble para presumir que por sí sola tiene la posesión, si no se allega para su fundamento algún título que conduzca a la protección constitucional del derecho de posesión correspondiente. Así, a reserva de que ante las autoridades comunes se dilucide si el derecho a la posesión que emana de un título es legítimo o no, el juicio de garantías, salvaguarda inquebrantable de respeto e inviolabilidad de los derechos del hombre, no puede proteger la simple ocupación sin título, porque esta detentación no debe estimarse como posesión.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.  
VI.2o.C. J/227

Amparo en revisión 161/98. José Aureliano Santel Durán. 25 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Alfonso Gazca Cossío.

Amparo en revisión 14/99. Antonio Cortazar Jiménez y otros. 25 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Meza Alarcón. Secretaria: Myriam del Perpetuo Socorro Rodríguez Jara.

Amparo en revisión 825/98. María de los Angeles García Ramírez y otro. 24 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Meza Alarcón. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

Amparo en revisión 385/99. José Luis Vázquez Hernández y otros. 12 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretaria: Sonia Quintana Tinoco.

Amparo en revisión 412/2002. María del Carmen Nava Lacarriere. 22 de noviembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Zapata Huesca.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XVII, Enero de 2003. Pág. 1676. Tesis de Jurisprudencia.

**POSESIÓN. PARA QUE SEA OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CUANDO EL QUEJOSO SE OSTENTA COMO PERSONA EXTRAÑA AL JUICIO DEL ORDEN CIVIL, DEBE ACREDITAR SU DERECHO A POSEER CON UN TÍTULO SUSTENTADO EN ALGUNA FIGURA JURÍDICA O PRECEPTO DE LAS LEGISLACIONES SECUNDARIAS RELATIVAS.**

En virtud de que de los antecedentes y reformas al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se desprende la existencia de datos o elementos que puedan servir para determinar qué tipo de posesión es la que debe protegerse mediante el juicio de amparo, esto es, si se trata de aquella que se funda en un título sustentado en una figura jurídica prevista en la ley que genere el derecho a poseer o si es la simple tenencia material de las cosas, independientemente de que se tenga o no derecho de posesión sobre éstas, es indudable que se debe recurrir al estudio e interpretación de las disposiciones legales que han regulado y regulan esa institución, y de las que colateralmente se relacionan con ellas, así como atender de manera especial a los graves problemas y consecuencias que en la práctica presenta el no exigir título alguno, por lo que la posesión protegida por la citada disposición constitucional no es otra que la definida por el derecho común. Sin embargo, aun cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 790 del Código Civil para el Distrito Federal (similar al de todas las legislaciones civiles locales del país), es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, debe entenderse que tal poder no constituye un hecho con consecuencias jurídicas, sino más bien la manifestación del derecho que se tiene para poseer un bien determinado, que debe tener origen en alguna de las figuras contempladas en las legislaciones relativas; por tanto, para que la posesión sea objeto de protección a través del juicio de amparo indirecto, cuando el quejoso se ostenta como persona extraña al juicio civil, es necesaria la existencia de un título que se sustente en alguna figura jurídica o precepto legal que genere el derecho a poseer, de manera que el promovente tenga una base objetiva, que fundada y razonablemente produzca la convicción de que tiene derecho a poseer el bien de que se trate, entendiéndose por título la causa generadora de esa posesión. No obstante lo anterior, las decisiones del órgano de control de constitucionalidad sobre la eficacia del título, tienen efectos exclusivos en el juicio de garantías, sin decidir

sobre el derecho sustantivo, esto es, respecto del derecho a la posesión del bien relativo, ya que estas cuestiones deberán ser dilucidadas ante la potestad común.

P./J. 1/2002

Contradicción de tesis 17/91. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado de la misma materia del Primer Circuito. 29 de noviembre de 2001. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 1/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XV, Febrero de 2002. Pág. 5. Tesis de Jurisprudencia.

**TERCERO EXTRAÑO. POSESIÓN. PARA QUE SEA PROTEGIDA POR LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES DEBE ACREDITAR SU INTERÉS JURÍDICO EN EL JUICIO Y PROBAR EL ACTO JURÍDICO POR EL CUAL OCUPA EL INMUEBLE, A FIN DE NO TENER EL CARÁCTER DE UN SIMPLE DETENTADOR.**

Si el tercero extraño manifestó que su posesión deviene a propósito de un contrato de donación verbal que celebró con su padre, empero de las constancias de autos no se advierte fehacientemente que haya acreditado la existencia del referido consenso de donación, ya que estaba obligado a demostrar plenamente la celebración del acto jurídico que dice fue la causa que generó la posesión del inmueble, observándose además que de la testimonial que ofreció ninguno de los testigos refirió que estuviera presente cuando se celebró el supuesto acuerdo de voluntades verbal, ante ello, la simple detentación material del inmueble no es la posesión que protege el artículo 14 constitucional, y al no haberse acreditado la causa por la que se posee, no puede tenerse por demostrado el **interés jurídico** para ocurrir a solicitar el amparo y protección de la Justicia Federal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.  
II.2o.C. J/10

Amparo en revisión 116/98.-Jesús Moreno Bermúdez.-8 de septiembre de 1998.-Unanimidad de votos.-Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.-Secretario: Everardo Shain Salgado.

Amparo en revisión 213/98.-Juan Carlos Núñez Claver.-12 de enero de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Virgilio A. Solorio Campos.-Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.

Amparo en revisión 221/98.-Pedro Delgado Sánchez.-16 de febrero de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.-Secretario; Alfonso Francisco Trenado Ríos.

Amparo en revisión 277/98.-Fondo Popular para la Vivienda El Potrerillo, A.C.-23 de febrero de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Raúl Solís Solís.-Secretario: Pablo Rabanal Arroyo.

Amparo en revisión 76/99.-Salvador Baeza González y otra.-13 de octubre de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolleco.-Secretario: Miguel Ángel Antemate Chigo.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XII, Diciembre de 2000. Pág. 1341. Tesis de Jurisprudencia.

## **POSESIÓN, NO ESTÁ PROTEGIDA POR LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA CUANDO NO SE JUSTIFICA LA CAUSA LEGAL DE LA.**

Cuando en una demanda de garantías el quejoso se ostenta como tercero extraño poseedor de un inmueble en calidad de propietario, siendo elemento de procedibilidad del juicio, conforme al artículo 4o. de la Ley de Amparo, acreditar el *interés jurídico*, o sea que el referido juicio únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley, el tratado internacional, el reglamento o cualquier otro acto que se reclame, tratándose de la citada posesión en concepto de dueño es menester la plena comprobación del derecho de propiedad atribuido, ya que la posesión sin derecho sólo puede tenerse como simple detentación por falta de causa legal que la apoye y por tanto no protegida a través del juicio constitucional.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.  
I.3o.C. J/20

Amparo en revisión 1373/95. Luciano Hernández Cañamares. 10 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Gustavo Sosa Ortiz.

Amparo en revisión 2023/96. Jorge Luna Ortiz y otro. 17 de octubre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Régulo Pola Jesús.

Amparo en revisión 103/97. Fortino Ramos Palacios. 7 de febrero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretaria: Dora Isela Solís Sandoval.

Amparo en revisión 733/97. Isidro Mojardín Ortiz y otros. 24 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretaria: Dora Isela Solís Sandoval.

Amparo en revisión 4223/2000. Guillermo Naciff Rodríguez. 18 de enero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Óscar Rolando Ramos Roveló.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XIII, Marzo de 2001. Pág. 1650. Tesis de Jurisprudencia.

## CAPÍTULO TERCERO

### “LA VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN”

#### 3.1 Ensayo sobre concepto de posesión.

Habremos de llegar al punto en que tengamos que formular una definición que vaya acorde con las consideraciones expuestas en los capítulos precedentes, pero desde ahora queremos ser categóricos al sostener que tal definición excluye por completo la idea actual del “poseedor derivado” y por supuesto del “poseedor originario”, ya que, en mi opinión, el Código de la materia, tan sólo debe prever la connotación **posesión**, en relación a aquel que cree, fundadamente, ser propietario de la cosa, al haber celebrado un *contrato*, (traslativo de dominio) en forma escrita o verbal, o bien, por adjudicación por remate o causa de muerte (herencia o legado) habiendo así un origen o causa generadora de esa posesión, sustituyendo al “poseedor derivado” por un detentador con causa legal, es decir, la posesión deberá entenderse a la luz del aspecto normal externo de la propiedad, como más adelante se detallará, habiendo de ajustar las acciones preservativas, eliminando de éstas al poseedor derivado, sustituyéndolo simplemente por su nueva connotación, y no por tratarse de un juego de palabras, sino por su contenido lógico jurídico. Tampoco se trata de voltear de cabeza las actuales legislaciones sobre la materia, o criterios jurisprudenciales existentes, sino ajustarlos adecuadamente.

Ahora bien, antes de arribar a la definición pretendida, habremos de analizar la clasificación que proponemos a continuación:

**a) Poseedor.**- Nos referimos indefectiblemente al propietario de la cosa, cuya causa generadora de su posesión lo es un contrato (traslativo de dominio), o bien, una adjudicación por remate o por causa de muerte (herencia o legado), y en virtud del cual **actúa sobre la cosa como lo haría un propietario, precisamente porque se considera su propietario**, pero no debe ser una estimación o creencia caprichosa, sino que ese ánimo debe surgir como consecuencia de situarse en alguno de los referidos actos jurídicos, que por su naturaleza jurídica suelen ser imperfectos, en tanto no consten en escritura pública (bienes inmuebles), o mientras la adjudicación no se protocolice ante fedatario público, pues mientras eso no suceda tan sólo tendremos un título subjetivamente válido (creencia fundada).

Ahora bien, no porque alguien se situó en alguno de los referidos actos jurídicos, ya por esa circunstancia cuenta con una causa generadora de posesión, sino que además debe concurrir el hecho material de la tenencia o, en su caso, la explotación económica de la cosa, ya sea por sí mismo (poseedor inmediato) o través de un tercero (mediato), pues si esto último no se tiene y por ende no se aprecia, tan sólo se cuenta con una causa de propiedad, es decir, para hablar de causa generadora de posesión, es menester que concorra uno de los actos jurídicos ya señalados y el hecho

de la tenencia o el aprovechamiento eficaz de la cosa, pues si esto último no se da, tan sólo subsiste la causa de propiedad y por supuesto, una **causa eventual de posesión**.

Así pues, no debe parecernos descabellado la idea de llegar a considerar poseedor al ladrón o al despojante, pues una vez que estos sujetos, por medio de un hecho ilícito, aprehenden materialmente la cosa, en lo sucesivo creerán ser su dueño, *no reconocerán a nadie más como tal*, sin embargo, como tal aprehensión es consecuencia de un hecho ilícito, deberán transcurrir más de cinco o diez años (según si se trata de bien mueble o inmueble), antes de que se consolide en su favor la *usucapión*, y en virtud de la cual adquieran la cosa en propiedad, claro, esto en el supuesto de que nadie ejercite en su contra las acciones preservativas o *reipersecutorias*, pues ello sería suficiente para ver interrumpido el tiempo obtenido, partiendo nuevamente de cero, pero sólo si el fallo los absolviera de la acción ejercitada, pues de lo contrario, tendrían que desocupar o entregar el bien de que se trate y en caso de oposición o resistencia, ser objeto de un lanzamiento en la vía de apremio.

Es oportuno señalar que el Código civil del Estado de México (*ya consultada y expuesta su fuente bibliográfica*), en su artículo 5.131. prevé que la posesión nacida por medio de un delito no genera derechos para adquirir la propiedad por *usucapión*; sin embargo, tanto el Código civil

abrogado así como la mayoría de las legislaciones civiles de las entidades federativas de nuestro país e incluso el federal, aún contemplan esa posibilidad legal, por tanto, para que la llamada “posesión delictuosa” sea útil para adquirir la propiedad a través de la *usucapión*, es necesario que haya quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal a efecto de que terminado el plazo de las mismas comience a correr el plazo de la prescripción, considerándose la posesión como de mala fe.

Con relación a la circunstancia de que el propietario pueda por sí mismo o a través de un tercero, actuar sobre la cosa como lo hace el propietario, es evidente que los actos de tenencia o de aprovechamiento desplegados por un tercero en virtud a un derecho personal (arrendamiento) o derecho real (usufructo) concertados con el dueño, aprovechan indudablemente a este último, y se actualiza desde luego la figura del poseedor, pues quien ejecuta esos actos lo hace reconociendo en todo momento la titularidad de su dueño, generándose efectos jurídicos de trascendencia únicamente para su titular, mientras que ese servidor posesorio goza tan sólo de las facultades que el acto jurídico o la disposición legal le confieren. Así pues, el propietario de la cosa puede hacer abstracción de un servidor posesorio para que a través de la *usucapión* pueda consolidar la propiedad que surgió mediante un título subjetivamente válido, lo cual se conoce como *posesión corpore alieno* (cuerpo ajeno); por tanto, debe quedarnos claro que la posesión puede ser ejercida por el propietario directa

(inmediata) o indirectamente (mediata).

**b) Detentador con causa legal.**- Bajo esta connotación debemos identificar a aquella persona que usa o retiene temporalmente una cosa en su propio interés, al habérselo permitido su propietario, quien haciendo abstracción de esa persona, domina el bien, pues es su dueño y señor, sólo él puede disponer legal y libremente de la cosa, lo cual es muy diferente a usarla o retenerla temporalmente, pues quien ejecuta estos actos lo hace reconociendo en todo momento la titularidad de su dueño, quien al situarse en alguno de los modos originarios o derivados adquisitivos de propiedad, evidencia la causa que engendra su posesión, mientras que esta clase de detentador recibe la cosa pero a través de un **acto jurídico que tan sólo le concede su uso o retención temporal**, en calidad de usufructuario, acreedor pignoraticio, depositario, arrendatario, comodatario u otro análogo; pues en este caso no tendría sobre la cosa ningún derecho directo que le perteneciese: sería solamente acreedor de su propietario quien estaría obligado a procurarle el goce de la cosa. Si no estuviese ligado el propietario con él, en virtud de un contrato, no tendría ningún derecho sobre su cosa.

**c) Precarista.**- Bajo este rubro, pero en inferior jerarquía, podemos situar a aquel que tiene la aprehensión material de una cosa, porque la recibió de su poseedor o detentador con causa legal, en virtud de un mandamiento u órdenes, tal es el caso de los cuidadores de ranchos,

fincas o haciendas, o bien, el caso de los maleteros, taxistas, y en general, aquéllos cuya tenencia material de la cosa no encuentra otro significado y sentido que cumplir con una prestación de un servicio o de una prestación personal subordinada, es decir, no les inquieta saber si quien les pone el objeto en sus manos cuenta o no con una base legal, ello lo llevan a cabo para su custodia o traslado momentáneo con el propósito de obtener una propina o salario, según sea el caso.

Será en el capítulo siguiente, donde volveremos a retomar esta clasificación, aunque desde otro enfoque y donde también podremos identificar con mayor claridad los diversos supuestos jurídicos que acoge el actual Código civil.

Ahora bien, quizá se nos cuestione sobre la utilidad práctica de esta clasificación, pero creo que ése ha sido uno de los problemas en esta materia, pues se pretendió dar una solución de esa índole, en vez de abordar correctamente la naturaleza jurídica de la posesión y la simple tenencia material de las cosas (poder de hecho), así como sus efectos y consecuencias jurídicas.

Debemos hacer notar que en la práctica forense, encontraremos infinidad de conflictos de intereses entre uno o más sujetos que encuadren en aquellos que conforman nuestra clasificación, pero no es aquí donde se

tiene que abordar lo concerniente, ya que ello es un aspecto de carácter procesal, en donde la experiencia, habilidad y el dominio que se tenga sobre la materia, será determinante para obtener un fallo estimatorio.

Por último, es de vital importancia saber que el único que puede ser declarado judicialmente propietario de los bienes por medio de la *usucapión* o prescripción positiva, será tan sólo el “poseedor”, aquel que cree, fundadamente, ser propietario del bien, al haber celebrado como adquirente un acto traslativo de dominio, es decir, cuya posesión se ha ejercido de buena fe (justo título), en concepto de propietario, pacífica, continua y pública, habiendo transcurrido además el tiempo respectivo, lo cual varía dependiendo si se trata de bien mueble o inmueble y también si la causa generadora es de buena fe o mala fe, por tanto, podemos afirmar que sólo el “poseedor” puede llegar a adquirir la propiedad de los bienes por medio de la *usucapión*, precisamente porque su título o causa generadora lo es un acto traslativo de dominio, pero sin olvidar al tenedor de mala fe o despojante, que bajo cierto tiempo y bajo determinados actos de aprovechamiento también puede ser declarado propietario.

De esta manera, nos permitimos definir a la posesión de la siguiente manera: **LA POSESIÓN ES LA FORMA EN QUE SE EXTERIORIZA LA PROPIEDAD.**

Comparemos esta definición con la del Código civil en cita. Éste dice en su artículo 5.38: Es poseedor de un bien el que ejerce sobre él un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 5.31 del mismo Código. Este artículo 5.31, no considera poseedores a aquellas personas que tienen en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentran respecto a los propietarios; esto incluye únicamente a los criados y a los empleados. Y aquí caben por supuesto aquellos que han adquirido la propiedad por medio de algunos de los modos “derivados”, pues siendo la posesión la forma en que se exterioriza la propiedad, entonces se requiere necesariamente como causa u origen un **acto jurídico** (adquisitivo de dominio), ya sea en sentido material o consensual, o en su caso, por adjudicación por remate o por causa de muerte, pues en cada caso, aunque sea diverso, existe una causa u origen reconocido legalmente. Ahora bien, las ventajas de contar con determinado acto traslativo de dominio, o situarse en un hecho ilícito como lo es el despojo y la mala fe, tienen que ver exclusivamente con el tiempo necesario para *usucapir*, aunado, claro, a otras condiciones, y así contar con título de propiedad (sentencia ejecutoria).

Resalta a primera vista la diferencia tan grande que hay entre nuestra definición y la del Código civil. Nosotros definimos a la posesión como la forma en que se exterioriza la propiedad y no como un poder de hecho, pues ésto sólo entraña el hecho material de la tenencia, como lo hace el Código civil. En esta forma, no tenemos necesidad de referirnos, como lo

hace el Código al caso de tenencia doméstica y la de los dependientes; y al mismo tiempo, permite ampliar la noción de tenencia a otros casos, no concediendo la protección posesoria a determinadas personas, dependiendo la calidad con la que se ostenten y en su momento acrediten ante el foro judicial.

Y es que, si en lugar de considerar a la posesión como un poder de hecho consistente en la posibilidad física de disponer exclusivamente de una cosa, la consideramos como la **forma en que se exterioriza la propiedad**, o en otras palabras, ***ahí donde un individuo actúa respecto a una cosa como lo haría un propietario existe posesión; comprenderíamos perfectamente la razón por la cual las cosas que no son susceptibles de apropiación no pueden ser objeto de posesión, o también, allí donde la propiedad no es posible, la posesión tampoco lo es, proposición que de otro modo no tendría sentido***, pero insistimos, esa conducta sobre la cosa, la lleva a cabo aquel que cree, fundadamente, ser su propietario, en virtud o con base en un acto traslativo de dominio, debiendo acreditar siempre la causa o fuente en que se apoyan o justifican para ejercer actos sobre la cosa, pues en ello deberán enfocarse en caso de controversia.

Complementa lo anterior, y en especial lo relativo a la idea del poder de hecho, excelentes argumentos de **VON IHERING**, que secundamos por acertados y muy claros, a saber:

**“Ahora bien, que se pregunte como el propietario suele obrar con sus cosas, y se sabrá cuando es preciso admitir la posesión y cuando rechazarla.** La actitud del propietario varía según la diversidad de las cosas. Por razones que no hay para que exponer, tiene en su casa, y las conserva en ella, la mayoría de las cosas muebles: son estas cosas las que se pueden ocultar. Pero ciertas cosas no pueden guardarse de ese modo; su destino económico exige que estén al descubierto: la paja en el campo, la madera cortada en el bosque, el carbón al lado de la mina, los materiales de construcción al pie de la obra. A esta categoría pertenecen también los animales domésticos que van y vienen en libertad, el ganado en los pastos, y entre los romanos los esclavos. En todos esos casos, no hay poder físico sobre la cosa: *la seguridad del poseedor no se funda en que se halle en situación de excluir la acción de las personas extrañas, sino en que la ley prohíbe esta acción: descansa, no sobre un obstáculo físico, sino jurídico.* Esta diferencia se reproduce también en las cosas inmuebles. Las unas se hallan defendidas por obstáculos mecánicos (muros, trabes, cancelas, cercas, etcétera), como las casas, jardines, etc. Las otras están *abiertas y libres*, accesibles a la acción de los terceros lo mismo que a la del poseedor.

¿Por qué la posesión se protege por el Derecho? No es ciertamente para dar al poseedor la alta satisfacción de tener el poder físico sobre una cosa, sino para hacer posible el *uso económico* de la misma en relación con sus necesidades. A partir de aquí, todo resulta claro. No se recogen en su casa los materiales de construcción, etc., no se depositan en pleno campo el dinero, los muebles, las cosas preciosas y demás. *CADA CUAL SABE LO QUE DEBE HACER DE ESAS COSAS, SEGÚN SU*

*DIVERSIDAD, Y ESTE ASPECTO NORMAL DE LA RELACION DEL PROPIETARIO CON LA COSA CONSTITUYE LA POSESION.*

**¡La posesión se reconoce así exteriormente!** Los terceros pueden saber si la relación posesoria es normal o anormal. Cualquiera puede apreciar de ese modo el valor de la noción de esta teoría posesoria. La teoría reinante no nos presta auxilio alguno; se limita a enseñar al poseedor si continua poseyendo, pero nada nos dice de cómo los terceros deben reconocer si posee o no.”<sup>1</sup>

Lo anterior, nos da una noción más clara del poder de hecho, y sobre todo, que el propietario es poseedor aun sin estar en contacto material con la cosa, ya que puede explotarla económicamente mediante un tercero (posesión indirecta), que habrá cosas que, por su naturaleza, puedan estar a merced de los demás y sin embargo no las tomen, pues saben que ese es su destino normal, pero habrá otras, cuyo abandono denoten ausencia de posesión, pues frente a ellos no hay nadie que evidencie su dominación.

Por último, y al margen del tema en análisis, cabe manifestar la circunstancia de que si una persona ejecuta sobre la cosa poseída o retenida temporalmente, actos preparatorios y tendientes directamente a privarnos materialmente de la cosa o impedir el ejercicio del derecho o que de hecho nos despojen del bien, contamos tan sólo con **un año**, contados a partir de

---

<sup>1</sup> Von Ihering, Rudolf. *Estudios Jurídicos. La lucha por el derecho del interés de los contratos. La posesión*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, República Argentina. 1990. p. 202.

los actos de perturbación o de despojo, para hacer efectiva esa protección posesoria ejercitando la acción preservativa interdictal de retención o de restitución de la cosa, pues transcurrido ese plazo sin ejercitar la que corresponda, se considera que hemos perdido la posesión, según lo dispone el artículo 5.63 fracción V del Código civil en cita, aunque ello es erróneo, pues lo que se pierde, aunque sea por un cierto tiempo, es la cosa material, así como la oportunidad legal de ejercitar las acciones preservativas que prevén los artículos 2.15. y 2.18. del Código adjetivo civil; así como también la acción plenaria de posesión que contempla el artículo 2.6. del Código antes citado, lo que pasa es que el legislador confunde una vez más la posesión con el hecho material de la tenencia, pues la primera constituye un derecho real, es la forma en que se exterioriza la propiedad, que sólo puede perderse al surgir una contienda y que ésta sea resuelta por el Juzgador, pues sólo mediante la emisión de una sentencia, se tendrá la certeza sobre quien realmente pierde la posesión.

### **3.2 Concepto de propiedad.**

Es el derecho real por excelencia en virtud del cual podemos usar, gozar y disponer de una cosa, (*usus, fructus y abusus*) con las limitaciones y modalidades que fijan las leyes y el interés público.

Para Arce y Cervantes: “Es el derecho real por excelencia del cual se desprenden los demás derechos reales y sobre el que ha girado todo el desarrollo del derecho sobre las cosas.

El propietario ejerce un derecho subjetivo que le permite imponer a todos el respeto de la cosa que le pertenece. Como cualquier otro titular de derecho subjetivo en su ámbito, tiene el propietario un monopolio de la explotación de la cosa y obtiene de ella una ventaja cierta.”<sup>2</sup>

Por su parte, Sócrates Jiménez la define así: “Derecho omnímodo, completo, prototipo y extenso que se puede ejercer sobre una cosa corporal. Es un dominio ‘*erga omnes*’ (opuesto a todos los hombres) (respetado por cualquiera) el ‘*ius fruendi*’ (derecho de recoger los frutos que ella brinde), el ‘*ius abutendi*’ (derecho de suponer libremente de la cosa), y el ‘*ius vindicati*’ (derecho de reivindicarla de cualquier detentador).”<sup>3</sup>

Ahora bien, debemos tener en cuenta que existen diversos modos de adquisición de la propiedad, entendiendo por tales los hechos o actos jurídicos a los cuales el Derecho reconoce la virtud de hacer surgir la propiedad en un determinado sujeto. De las diversas clasificaciones de los modos de adquirir, nombramos (basándonos en la obra de Arce y Cervantes):

---

<sup>2</sup> Arce y Cervantes José. *De los bienes*. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1997. p. 45.

<sup>3</sup> Sócrates Jiménez Santiago Tiana. *Diccionario de Derecho Romano*. 4ª. Edición. Editorial Sista. México, D.F. 2004. p. 290.

“La más importante es la clasificación de modos *originarios* y *derivados*, y son:

**1. Originarios.** En los que no hay relación jurídica anterior (son *ex novo*). No tienen como base un derecho antecedente; la adquisición no procede jurídicamente de nadie: operan por la sola voluntad del adquirente apoyada por una permisión legal. Se refieren a *res nullius* (cosas de nadie) o a *res derelictae* (cosas abandonadas). Entre estos modos están: **la ocupación, el hallazgo de tesoro, la accesión y la usucapión**, aunque en estos dos últimos se pueden adquirir cosas que sí tienen dueño.

**2. Derivados.** En los que si hay relación jurídica o derecho anterior. Exigen: *a*) un derecho anterior en el transmitente (llamado *antecesor, tradens, autor, causante*), *b*) un adquirente (*llamado sucesor, accipiens, causahabiente*), y *c*) además que el primero transmita al segundo. La voluntad del segundo para adquirir siempre es totalmente libre; la del primero puede ser forzada por orden de la autoridad (adjudicaciones por remate, expropiaciones). El transmitente sólo puede transmitir lo que el tiene y con el modo, el ser y las condiciones en que lo tenía.”<sup>4</sup>

“Por tanto, los modos de adquirir derivados son: **a)** Los nacidos de convenio: dación en pago, compraventa, permuta, donación, mutuo. **b)** Por coacción de la ley: adjudicación por remate: judicial (venta judicial) o administrativo. **c)** Por

---

<sup>4</sup> Arce y Cervantes José. *De los bienes*. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1997. p. 51.

disposición de la autoridad: expropiación (para el Estado que adquiere). *d*) Por causa de muerte: a título universal (herencia) y a título particular (legado).”<sup>5</sup>

Ahora bien, atendiendo al tema en estudio, no abundaremos más sobre la connotación propiedad, pues estimamos adecuado el que se considere como el derecho real por excelencia, al reunir precisamente los elementos de todo derecho real, e invariablemente su oponibilidad *erga omnes*, aunque como se observa de la definición hecha de la posesión, en ésta hacemos alusión a la propiedad, ***ahí donde un individuo actúa respecto a una cosa como lo haría un propietario existe posesión***, pero es muy importante no confundir nuestro concepto de posesión con la propiedad en sí misma; pues para la actualización de la connotación posesión debe haber evidencia fehaciente de su origen o causa, para tener la certeza de un verdadero dominio y de un comportamiento determinado respecto a una cosa en sentido económico.

“Y es que, para nacer la propiedad debe manifestarse en toda su realidad; ahora bien; esta realidad es precisamente la posesión, la cual es indispensable para la realización del fin de la propiedad. La propiedad no nace sin posesión mas que en la adquisición a título de herencia o legado. Entre vivos, la posesión es indispensable para llegar a la propiedad.

---

<sup>5</sup> *Ibidem.* p. 52.

Asimismo, la adquisición de la propiedad de las cosas sin dueño (*occupatio*) tiene también por condición la apropiación de la posesión, y ocurre lo mismo en la adquisición de la propiedad de los frutos de parte del colono (*fructus perceptio*).”<sup>6</sup>

Ahora bien, “en todos estos casos, la posesión tiene importancia sólo como *un punto de transición momentánea* hacia la propiedad. Si sobreviene su pérdida inmediatamente después, no implica el menor ataque a la propiedad una vez establecida. Lo que hay es que no es sólo la posesión la que engendra aquí la propiedad; es preciso además que concurren las otras condiciones exigidas por el derecho.

Si la posesión no tiene en estos casos más que el valor de un *punto de transición momentánea* hacia la consolidación de la propiedad, y no se le considera más que como *acto*, hay otro modo de adquisición de la propiedad en el cual toma el aspecto de un *estado* de transición, de una *situación* duradera. Nos referimos a la *usucapión*. Tampoco aquí basta la simple posesión como tal, es preciso que concurren ciertas condiciones (que en conjunto forman las *conditio usucapiendi*). La prescripción revela de nuevo la estrecha correlación que existe entre la posesión y la propiedad. La posesión se ofrece una vez más, en este caso, como la puerta que

---

<sup>6</sup> Von Ihering, Rudolf. *Estudios Jurídicos. La lucha por el derecho del interés de los contratos. La posesión*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Republica Argentina. 1990. p. 170.

conduce a la consolidación de la propiedad; sólo que el camino es más largo, por faltar las condiciones que concurren en el otro caso.”<sup>7</sup>

Así pues, resulta oportuno hacernos la siguiente interrogante: ¿Qué caso tendrá entonces pretender mediante la *usucapión* convertirnos en propietarios, si desde el momento mismo de celebrar el acto traslativo de dominio (causa generadora), tenemos ya la propiedad de la cosa (modo derivado)? En verdad nos tambalea tal cuestionamiento, pero creemos que la diferencia radica en que la *usucapión* es el conducto para consolidar la propiedad surgida mediante un título subjetivamente válido, así como en las facultades conferidas por ese acto traslativo de dominio y en la calidad del título de propiedad, cosas muy diferentes, ya que el ser propietario nos permite externar las facultades de usar, gozar y disponer de una cosa, pero no significa que contemos con un título objetivamente válido, sino tan sólo con uno subjetivo, es decir, las referidas facultades se nos confieren desde el momento mismo de encuadrar en alguno de los modos originarios o derivados de adquirir la propiedad, sin importar si aún no contamos con un título público.

Por último, es conveniente tocar lo concerniente al tipo de acciones que podemos ejercitar en cada caso, para proteger o perseguir la cosa que se encuentra en poder de un tercero, pues ya sabemos que si nos

---

<sup>7</sup> *Ibidem.* p. 171.

encontramos frente a una controversia sobre posesión, para efecto de preservar la cosa o que se nos restituya, contamos con la protección legal a través de los interdictos posesorios, mientras que si la contienda se ciñe sobre la propiedad de la cosa, entonces tendremos que ejercitar las acciones reales o personales que el caso concreto requiera, tales como la reivindicatoria, o bien, la nulidad o rescisión del título que nos ostente como propietarios; pero reiteramos, son circunstancias muy diferentes, puesto que una sentencia que resuelva una acción interdictal, solo decidirá, de acuerdo al caso específico, a quien se le debe mantener o restituir la cosa, sin que se emita una declaración judicial de propiedad, es decir, sobre la titularidad del bien de que se trate, lo que si ocurriría al resolver por ejemplo las acciones de *usucapión*, de reivindicación, o en su caso, de rescisión o nulidad de un acto jurídico traslativo de dominio.

### **3.3 Concepto propio de dominio.**

La palabra **dominio** se deriva del latín “*dominus*” que quiere decir señor o dueño; el origen de la palabra “*dominus*”, o sea la casa. Así es que tomando la palabra por su etimología, dominio significaría el poderío del señor o dueño de la casa ejercido sobre todo lo que está en ella.

Antes de precisar la idea o concepto propio de dominio, es menester efectuar previamente algunas consideraciones al respecto.

En nuestro criterio, *el dominio es aplicable respecto de aquellos actos apreciables por los sentidos, sobre cosas corpóreas*, en tanto que el dominio sólo existe y tiene razón de ser al conjugarse dos factores, esto es, que el dueño exteriorice determinados actos sobre la cosa apreciables por los sentidos, que lo hagan ver frente a los demás como aquel que tiene su control y destino; jactándose en todo momento de contar con una causa o fuente legal, *creencia fundada*, que es la que le confiere la confianza y facultades de mérito, pues de otro modo no podría entenderse el dominio, porque igual un despojante o ladrón pueden, inmediatamente que se apoderen de la cosa, comportarse como su dueño, y quizá los demás así lo aprecien y reconozcan, sin embargo, en nuestro concepto, el dominio es la combinación de una causa legal y exteriorización de actos apreciables por los sentidos, si falta alguno de estos factores, ya no se actualiza la figura del dominio, pues si sólo se da el primer supuesto, tendremos una causa de propiedad y posesión en su caso, y si tan sólo ocurre el segundo, existirán sólo actos de tenencia (que bajo cierto tiempo y condiciones pueda llegar a consolidarse en propiedad mediante la figura de la usucapión, pero eso ya es un tema aparte).

Por tanto, la definición propia de **dominio** es: Poderío del señor o dueño de la cosa ejercido sobre todo lo que está en ella, refiriéndonos desde luego al poseedor, a aquel que cree, fundadamente, ser su propietario, al contar con un acto traslativo de dominio, y el poderío en cuanto a la

exteriorización de actos sobre la cosa apreciables por los sentidos, a través de su dueño o un servidor posesorio, es decir, aquel que cuenta con una causa y fuente de traslación de dominio.

Es interesante observar que el dominio como tal se asemeja en demasía a nuestra definición de posesión, pues ésta implica un comportamiento sobre la cosa como lo haría normalmente el dueño, exteriorizado por quien se apoya en una fuente o causa de propiedad, ya que, jurídicamente, no existiría posesión si la exteriorización de actos es aislada sin el predominio de la multicitada fuente o causa de traslación de dominio, pues de lo contrario, nos encontraríamos frente a aquéllos cuyo comportamiento lo es en calidad de dueño, pero siendo en realidad un despojante o ladrón, apoyados en una *creencia infundada*, meramente subjetiva, caprichosa y probablemente transitoria; todo lo cual no es ni posesión ni implica tener un dominio, aconteciendo tan sólo un puro hecho material.

Ahora bien, la circunstancia de que el dueño no se sitúe en la connotación de dominio, por no actualizarse el segundo de los factores de mérito, no por ello deja de ser propietario de la cosa, por tanto, no necesariamente debe tener la aprehensión material o debe estar constantemente en ella, ya que ésto es una de las amplias facultades que tiene sobre la cosa, pero desde luego que cuenta con una causa eventual de posesión, aunque no se sitúe en el supuesto de la posesión, por no

exteriorizar acto apreciables por los sentidos, y sí en cambio una actitud pasiva, o bien, un no hacer, que pueden desencadenar, con el transcurso del tiempo, en notorios perjuicios para el propietario.

### **3.4 La posesión como posible consecuencia de la propiedad.**

Con relación a esta idea, quizá sea conveniente precisar que la propiedad debe manifestarse en toda su realidad; ahora bien, esta realidad es precisamente la posesión, la cual es indispensable para la realización del fin de la propiedad, ya que si un acto adquisitivo de dominio (título causa generadora) permaneciera olvidado dentro de un cajón o gaveta, carecería de sentido real y verdadero, pues la propiedad ofrece amplias facultades (*usus, fructus y abusus*), para aprovechar y explotar ampliamente la cosa, claro, con sus respectivas limitaciones; puesto que la posesión, es la forma de reflejar útilmente la propiedad, es más, es indispensable para preservarla, pues la negligencia, un no hacer sobre lo cosa, puede desencadenar, inclusive, en la pérdida de esa propiedad.

Y decimos que es consecuencia de la propiedad, pues el único que puede ser considerado poseedor, es aquel que cree, *fundadamente*, ser propietario de la cosa, en virtud o con base en un acto traslativo de dominio o causa de propiedad; por tanto, debe quedarnos claro que cuando nos referimos al propietario también aludimos al poseedor, ya que ambos se

conjugan en una misma persona, aunque los efectos jurídicos en cada caso, son diversos.

### **3.5 La autonomía entre los derechos de propiedad y posesión.**

La propiedad es el derecho real que nos faculta a usar, gozar y disponer de la cosa, por contar con un título subjetiva u objetivamente válido, situado dentro de alguno de los modos originarios o derivados de adquirir la propiedad, es el instrumento legal que nos da la eventual posibilidad de ejecutar actos materiales sobre la cosa; pero si no se llevan a cabo, queda tan sólo en una facultad que potencialmente se puede ejercer. Mientras tanto, la posesión es la materialización de las facultades que otorga el derecho de propiedad, pues implica su exteriorización, es la forma más clara en que se refleja y reproduce la propiedad, una manifestación real y tangible. Así por ejemplo, quien adquiere por donación un vehículo automotor, desde el momento mismo de su adquisición tiene la facultad de usarlo y por ende conducirlo, por ser su propietario, sin embargo, no lo hace por no saber manejar y decide guardarlo por algún tiempo. En este caso, cuenta con una causa de propiedad, que lo es la donación, existe el derecho de propiedad sobre el bien, pero decide no explotar las facultades que tal acto jurídico le confiere. Ahora bien, si determinado día decide encender el vehículo y conducirlo, surge la figura de la posesión, se concretizan los fines de la

propiedad, la facultad de usarlo que se encontraba en letargo, se materializa y sale a la luz, pudiendo ser apreciable por los sentidos.

Por tanto, es factible y nos debe resultar claro diferenciar y comprender la autonomía entre la propiedad y la posesión, puesto que una cosa es una eventual posibilidad de hacer y otra la de ejecutarla.

### **3.6 El dominio como exteriorización del derecho de posesión y no del de propiedad.**

Ya dijimos que la posesión es la forma en que se exterioriza la propiedad, *ahí donde un individuo actúa respecto a una cosa como lo haría un propietario*; también comentamos que el dominio es la combinación de una causa legal de propiedad y exteriorización de actos apreciables por los sentidos. De esta manera, es factible sostener que el dominio es la exteriorización de la posesión y no de la propiedad, dado el aspecto de la *tangibilidad*, puesto que, si bien la posesión es el reflejo real y material de la propiedad, el dominio es lo más próximo y directo que nuestros sentidos pueden apreciar, dado que lo primero que salta a la vista son precisamente esos actos de aprovechamiento, seguido de una percepción que nos produce aquel que de una u otra forma usa y aprovecha la cosa, como normalmente lo haría su propietario.

Así pues, el dominio es la exteriorización de la posesión, al ser lo evidente a primera vista, algo progresivo que va de lo palpable a lo imperceptible. Por tanto, no podríamos decir que el dominio es la exterioridad de la propiedad, si tomamos en cuenta que un instrumento o título de propiedad, por sí sólo, no genera cambios tangibles hacia el exterior, sino simplemente una causa eventual de posesión, es decir, mientras el dueño no se comporte como tal sobre la cosa, la propiedad pasa desapercibida para los terceros, siendo indispensable la mutación del propietario en poseedor, para que, *ipso iure*, el dominio surja como exteriorización de la posesión.

### **3.6.1 Casos de propiedad sin posesión.**

Bajo este rubro podemos ubicar a todos aquellos ***propietarios sin intención de dominación***, o bien, a los ***propietarios negligentes***, personas sin comportamiento *de facto* sobre sus bienes. Todos aquellos casos en que se cuenta con un título de propiedad subjetiva u objetivamente válido, pero existe la abstención de materializar los fines y facultades de la propiedad, con lo cual no se permite, desde luego, hacer surgir la figura de la posesión. Tal es el caso de quienes se dedican a los bienes raíces (cualesquiera que sea su denominación), y que una vez que los adquieren por compraventa o por diversa causa de propiedad, inmediatamente los revenden o enajenan, cerciorándose únicamente que los documentos que amparan la propiedad de tales bienes, así como los fiscales y administrativos, reúnan todos los requisitos legales que la materia exige. Y así existen infinidad de casos, por

lo que, resulta suficiente tener bajo este rubro a aquellos que cuentan con el instrumento de propiedad a su favor, pero que no les interesa ejecutar por sí mismos ni por terceros bajo sus ordenes, actos materiales o de aprovechamiento sobre la cosa, ya sea porque así lo requiere la naturaleza de sus negocios o también por negligencia.

### **3.6.2 Casos de posesión sin propiedad.**

Aquí tendremos que recordar cuando hablamos y pretendíamos definir al poseedor, específicamente cuando abordamos lo concerniente al ***ladrón o al despojante***, pues una vez que estos sujetos, por medio de un hecho ilícito, aprehenden materialmente la cosa, furtiva o violentamente, en lo sucesivo creerán ser su dueño, no reconocerán a nadie más como tal, sin embargo, como tal aprehensión es consecuencia de un hecho ilícito, deberán transcurrir más de cinco y diez años (dependiendo si se trata de bien mueble o inmueble) antes de que se consolide en su favor la *usucapión*, y en virtud de la cual adquieran la cosa en propiedad.

Podemos afirmar que ***su ilícita ocupación se encuentra en transición de llegar a la propiedad***, *al estar en presencia de personas que se manifiestan como dueños, quienes evidencian un comportamiento de dominio sin que les asista derecho real de propiedad aún, al carecer de un acto traslativo de dominio o de adjudicación*. Lo anterior, desde luego, en el

supuesto de que nadie ejercite en su contra las acciones preservativas o *reipersecutorias*, lo cual interrumpiría legalmente el tiempo obtenido, partiendo nuevamente de cero, pero sólo si el fallo los absolviera de la acción ejercitada, pues de lo contrario, tendrían que entregar al accionante el bien de que se trate y en caso de oposición o resistencia, ser objeto de un lanzamiento en la vía de apremio.

### **3.6.3 La unificación necesaria e inseparabilidad entre el derecho de posesión y las conductas de dominio.**

Quizá este último punto ya no debimos haberlo tratado, pues es retomar, aunque desde otra perspectiva, lo relativo a que el dominio es la exteriorización de la posesión y no de la propiedad, puesto que, es precisamente la posesión y las conductas de dominio, lo indispensable para la realización del fin de la propiedad. La propiedad no nace ni se manifiesta en todo su esplendor sin que se exterioricen actos apreciables por los sentidos, y muy probablemente no tenga razón de ser el contar con papiros que nos avalen como propietarios de ciertos bienes, cuando éstos permanecerán inertes en el tiempo, sin un provecho real y trascendental para su titular, aunque sí para aquéllos carentes de espacio y patrimonio suficientes, poseedores de mala fe que surgen debido a la actitud pasiva y negligente del propietario, con el escenario más probable: la apropiación legal del bien mediante la prescripción positiva.



**CAPÍTULO CUARTO**  
**“FUNDAMENTOS QUE HACEN NECESARIO NO CONFUNDIR**  
**AL DERECHO DE POSESIÓN CON EL HECHO DE LA TENENCIA”**

**4.1 Concepto de tenencia.**

La tenencia, en mi opinión, es lo que surge al usar o aprehender una cosa o un espacio, ya sea momentánea o permanentemente, de forma lícita o ilícita, es un puro hecho material, susceptible de apreciación. La tenencia es una constante en nuestra vida diaria, a cada segundo se manifiesta o puede apreciarse, es como una partícula en el espacio. Y ésto es así, porque cada uno de nosotros la ejercemos indefectiblemente en toda nuestra existencia, desde el momento mismo de nuestra concepción y hasta nuestra muerte, siempre usamos, ocupamos o aprehendemos algo o un espacio, primero el vientre de nuestra madre, luego el cunero donde se nos sitúa, las ropas que nos cubren, y así sucesivamente, lo cual variará de acuerdo a las necesidades, actividades y estilo de vida de cada sujeto, pero siempre ejerceremos la tenencia de algo, y en algunas ocasiones aun sin desearla.

Ya veremos en los puntos siguientes, las variantes así como la trascendencia y efectos jurídicos que la tenencia produce en cada caso, pues

lo que aquí nos interesa sobre todo, es precisamente las *consecuencias jurídicas* que ese acto puede llegar a engendrar.

#### **4.2 Tenencia en concepto de detentador.**

Es el acto desplegado por los detentadores con causa legal y los precaristas, en cuyo caso, el uso o retención de la cosa, lo efectúan reconociendo en todo momento la titularidad de su propietario, su rango o clase (posesoria) se desprende y deduce de la naturaleza del acto jurídico en virtud del cual se les concedió ese acto de tenencia. Así pues, en primer término, encontramos a los que usan o retienen temporalmente la cosa, como lo es el caso del usufructuario, acreedor pignoraticio, depositario, arrendatario, comodatario u otro análogo, quienes no tienen sobre la cosa ningún derecho directo que les pertenezca: son solamente acreedores de su propietario, quien está obligado a procurarles el goce de la cosa. Si no estuviese ligado el propietario con ellos, en virtud de un contrato, no tendrían ningún derecho sobre su bien. Mientras que, en segundo término, tenemos a aquellos que tienen la aprehensión material de una cosa, porque la recibieron de su poseedor o detentador con causa legal, en virtud de un mandamiento u órdenes, siendo el caso de los cuidadores de ranchos, fincas o haciendas, o bien, el caso de los maleteros, taxistas, y en general, aquéllos cuya tenencia material de la cosa no encuentra otro significado y sentido que cumplir con una prestación de un servicio o de una prestación personal

subordinada, es decir, no les inquieta saber si quien les pone el objeto en sus manos cuenta o no con una base legal, ello lo llevan a cabo para su custodia o traslado momentáneo, con el propósito de obtener una “propina” o salario, según sea el caso.

#### **4.3 Tenencia en concepto de poseedor.**

Aquí estamos en presencia, en primer término, del acto desplegado por el propietario de la cosa, que más bien podemos traducirlo en una *conducta de dominio*, al conjugarse los dos factores ya analizados: causa o fuente de traslación de dominio y exteriorización de actos sobre la cosa apreciables por los sentidos. En suma, son actos desplegados por los propietarios de la cosa, es el reflejo útil del papiro o instrumento donde consta la traslación de dominio, es la transformación del propietario pasivo en activo, surgiendo así la posesión y las conductas de dominio.

Y finalmente, podemos hacer mención del ladrón y el despojante, quienes al aprehenderse ilícitamente de una cosa, comienzan un largo camino hacia la adquisición legal del objeto, pero en tanto no transcurra el tiempo respectivo, los actos de aprovechamiento sobre la cosa se ven amenazados de momento a momento, al provenir de una fuente ilícita, es como un charco que puede llegar a convertirse en agua cristalina. Ahora bien, debemos percatarnos que nos encontramos en presencia de

poseedores de mala fe, *con un dominio aparente*, y que eventualmente pueden llegar a convertirse en propietarios por medio de la *usucapión*, pero con la inminente posibilidad de ver interrumpido el tiempo “ganado”, cuando el propietario pasivo o bien el activo (poseedor), ejerciten en su contra las acciones reales conducentes y éstas prosperen. Por tanto, se nos presentan dos situaciones peculiares, por un lado, usan y aprovechan económicamente la cosa aprehendida ilícitamente, satisfaciendo una serie de necesidades, al hacerse ilegalmente de un patrimonio, en perjuicio de un tercero, determinado o indeterminado; pero por otra parte, su largo trayecto hacia la consolidación de la propiedad, será escabroso y cuesta arriba, al pesar sobre ellos una incertidumbre e inseguridad jurídicas constantes, además de inminentes sanciones que van desde la restitución involuntaria de la cosa hasta la privación de su libertad. No son detentadores con causa legal ni precaristas, puesto que en todo momento asumieron la conducta de apropiación, desconociendo desde entonces a quien hubiese podido tener un derecho legítimo sobre la cosa.

#### **4.4 Dominio aparente cuando se carece de posesión.**

Bajo este rubro podemos ubicar al ladrón o al despojante en transición hacia la propiedad. Ese que tan sólo cree, sin fundamento ni base legal, ser propietario de la cosa, pero que desde su aprehensión ilícita, refleja hacia el exterior actos de aprovechamiento apreciables por los sentidos, al

desplegar el comportamiento normal del propietario sobre su bien. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, esas conductas de dominio son aparentes, por carecer del origen o causa legal de propiedad, pues aun cuando los terceros los lleguen a considerar los propietarios del bien producto de su ilícito actuar, hasta ese momento *su radio de acción sólo circunscribe un dominio aparente*, en tanto no se consolide a su favor la prescripción positiva. Y es que, el dominio como exteriorización de la posesión, debe entenderse a la luz del poseedor de buena fe, aquél cuya plataforma lo es un acto traslativo de propiedad y quien se sitúa en alguno de los modos adquisitivos; pues, para que los actos del poseedor de mala fe, puedan llegar a considerarse como actos de dominio, debe transcurrir invariablemente el plazo de cinco y diez años (según se trate de bienes muebles o inmuebles), pues sería hasta ese instante, cuando surgirían al mundo jurídico como propietarios, se retrotraerían los efectos de la prescripción positiva al comienzo de su ilícita aprehensión.

#### **4.5 La posesión como el derecho que faculta a gozar de la tenencia.**

Ya sabemos que es poseedor de un bien el que actúa sobre él como la haría el propietario, ya de forma directa o indirecta, pero el poseedor mediato, aquel que hace abstracción de un servidor posesorio, puede en un momento dado tener la necesidad de usar o tener por sí mismo la cosa retenida legalmente por otro, bien porque dicho propietario se la entregó en

virtud a un acto jurídico de retención temporal o quizá por una determinación judicial. Así entonces, podemos fijar dos hipótesis, una, que el poseedor indirecto le haga saber a su servidor posesorio la intención de usar directamente la cosa y éste se lo permita sin restricción o condición alguna, aun cuando no haya concluido la vigencia del acto jurídico causa de su retención temporal, y la otra, que aun y cuando haya fenecido el plazo concedido para la utilización o custodia de la cosa, dicho detentador se niegue a entregársela, en cuyo caso, el poseedor podrá hacer uso de los conductos legales, *para ver restituída la cosa y así gozar de su tenencia*.

Como podemos observar el poseedor no ha sido privado de la cosa, ni el tercero quiere ni puede apropiársela, puesto que, el acto jurídico que lo vincula con su dueño, exclusivamente le confiere la facultad de retención temporal, teniendo así la calidad de detentador con causa legal, insuficiente para adquirir la propiedad por medio de la *usucapión*. Lo anterior es así, pues en caso de pérdida o abandono de la cosa, el poseedor dejaría de serlo, y la causa generadora de posesión pasaría a ser una causa eventual de posesión, circunscrito a un instrumento de propiedad, con la inminente potestad de que el propietario pueda ejercitar las acciones reales *reipersecutorias* para ver restituída la cosa así como sus frutos, y nuevamente resurja su rango de poseedor, ya sea usando directamente la cosa (inmediata) o a través de un servidor posesorio (mediata), un tercero ligado a él en virtud a un derecho personal o un derecho real.



## **CAPÍTULO QUINTO**

### **“VERTIENTE PROPOSITIVA”**

#### **5.1 Proyecto de decreto de reformas a diversas disposiciones jurídicas aplicables y relacionadas con la posesión, concretamente en el Código Civil del Estado de México vigente.**

Por cuanto hace al punto que nos ocupa, la labor consiste en la adecuación entre las ideas y conceptos expuestos en los capítulos que anteceden con los preceptos legales en vigor, dándole el sentido pretendido y que consideramos el adecuado, para evitar caer de nueva cuenta en contradicciones y en una constante confusión. Por tanto, abordaremos únicamente el capítulo referente a la posesión, transcribiendo los artículos a los que haya de agregarse la connotación más adecuada, *atendiendo al contexto de nuestro tema, precedido por su texto original*, considerando que su interpretación dependerá de la comprensión de los argumentos ya expuestos.

#### **“TÍTULO TERCERO DE LA POSESIÓN**

Concepto de posesión

ARTICULO 5.28. Es poseedor de un bien el que ejerce sobre él un poder de hecho. Posee un derecho el que lo goza.

#### **Concepto de posesión**

**ARTÍCULO 5.28.** La posesión es la forma en que se exterioriza la propiedad. Posee un derecho el que lo goza.

---

### **Posesión originaria o derivada**

**ARTÍCULO 5.29.** Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro un bien, concediéndole el derecho de retenerlo temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, comodatario u otro título análogo, los dos son poseedores. El que lo posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada.

### **Posesión y detentación con causa legal**

**ARTÍCULO 5.29.** Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro un bien, concediéndole el derecho de retenerlo temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, comodatario u otro título análogo, al que posee a título de propietario se le considera poseedor, el otro un detentador con causa legal.

---

### **Restitución de la posesión**

**ARTÍCULO 5.30.** En caso de despojo, el propietario originario tiene derecho a que se restituido el que tenía la posesión derivada, y si éste no puede o no quiere recobrarla, aquél puede pedir la posesión para sí mismo.

### **Restitución de la cosa**

**ARTÍCULO 5.30.** En caso de despojo, el propietario tiene derecho a que se restituido el que tenía la detentación con causa legal, y si éste no puede o no quiere recobrarla, aquél puede pedir la cosa para sí mismo.

---

### **Presencia de posesión originaria**

**ARTÍCULO 5.31.** Cuando una persona tiene en su poder un bien por una situación de dependencia respecto del propietario, y la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor.

### **Presencia de posesión**

**ARTÍCULO 5.31.** Cuando una persona tiene en su poder un bien por una situación de dependencia respecto del propietario, y la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor sino precarista.

---

### **Legitimación para adquirir la posesión**

**ARTÍCULO 5.33.** Puede adquirirse la posesión por la persona que va disfrutarla, su representante legal, su mandatario o un tercero sin mandato alguno; en este último caso no se entenderá adquirido el derecho hasta que la persona a cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio, lo ratifique.

### **Legitimación para adquirir el derecho a poseer o detentar una cosa**

**ARTÍCULO 5.33.** Puede adquirir el derecho a poseer o detentar una cosa la persona que va disfrutarla, su representante legal, su mandatario o un tercero sin mandato alguno; en este último caso no se entenderá adquirido el derecho hasta que la persona a cuyo nombre se haya verificado el acto, lo ratifique.

---

### **La posesión presume la propiedad, con sus excepciones**

**ARTICULO 5.36.** La posesión da al que la tiene, la presunción de propietario. El que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario; pero si es poseedor de buena fe, tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del propietario del bien o derecho poseído.

### **La posesión presume la propiedad, con sus excepciones**

**ARTICULO 5.36.** La posesión da al que la ejerce, la presunción de propietario. El que tiene en su poder la cosa en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario; pero si es poseedor de buena fe, tiene a su favor la presunción de haber obtenido el derecho a la posesión del propietario del bien o derecho poseído.

---

### **Requisitos para reivindicar un mueble robado o perdido**

**ARTICULO 5.37.** El poseedor de un bien mueble perdido o robado no podrá recuperarlo de un tercero de buena fe que lo haya adquirido en almoneda o de un comerciante legalmente establecido, sin reembolsar al poseedor el precio que hubiere pagado por el bien. El recuperante tiene derecho de repetir contra el vendedor.

### **Requisitos para reivindicar un mueble robado o perdido**

**ARTICULO 5.37.** Aquel que haya poseído un bien mueble perdido o robado no podrá recuperarlo de un tercero de buena fe que lo haya adquirido en almoneda o de un comerciante legalmente establecido, sin reembolsarle el precio que hubiere pagado por el bien. El recuperante tiene derecho de repetir contra el vendedor.

---

### **Reivindicación improcedente de la moneda y títulos al portador**

**ARTICULO 5.38.** La moneda y los títulos al portador no pueden ser reivindicados del adquirente de buena fe, aunque el poseedor haya sido desposeído de ellos contra su voluntad.

### **Reivindicación improcedente de la moneda y títulos al portador**

**ARTICULO 5.38.** La moneda y los títulos al portador no pueden ser reivindicados del adquirente de buena fe, aunque el antiguo poseedor haya sido desposeído de ellos contra su voluntad.

---

### **Mantenimiento o restitución de la posesión**

**ARTICULO 5.41.** Todo poseedor debe ser mantenido o restituído en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer.

Es mejor la posesión que se funda en título, y cuando se trata de inmuebles, la que esté inscrita. A falta de título o siendo iguales, la más antigua.

Si la posesión fuere dudosa, se pondrá el bien en depósito hasta que se resuelva q quien pertenece la posesión.

### **Mantenimiento o restitución de la cosa poseída o detentada**

**ARTICULO 5.41.** Todo poseedor o detentador con causa legal debe ser mantenido o restituído en la cosa poseída o detentada, contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer o detentar.

Es mejor cuando la tenencia de una cosa se ejerce con base a un título adquisitivo de dominio, y tratándose de inmuebles, cuando el título esté inscrito. A falta de título o siendo iguales, la más antigua.

Si la tenencia de la cosa fuere dudosa, se pondrá el bien en depósito hasta que se resuelva quien tiene mejor derecho a poseer.

---

### **Plazo para ejercer el interdicto de recuperar la posesión**

**ARTICULO 5.42.** Para que el poseedor tenga derecho al interdicto de recuperar la posesión se necesita que no haya pasado un año desde que se verificó el despojo.

### **Plazo para ejercer el interdicto de recuperar el bien poseído o detentado**

**ARTICULO 5.42.** Para que el propietario o detentador con causa legal tengan derecho al interdicto de recuperar el bien poseído o

detentado se necesita que no haya pasado un año desde que se verificó el despojo.

---

#### **Posesión que sigue siendo continua**

**ARTICULO 5.43.** Se reputa como nunca perturbado o despojado, el que judicialmente fue mantenido o restituído en la posesión.

#### **Posesión que sigue siendo continua**

**ARTICULO 5.43.** Se reputa como nunca perturbado o despojado, el que judicialmente fue mantenido o restituído en la cosa.

---

#### **Derechos del poseedor de buena fe**

**ARTICULO 5.46.** El poseedor de buena fe, que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio tiene los derechos siguientes: ...

#### **Derechos del poseedor de buena fe**

**ARTICULO 5.46.** El poseedor de buena fe, que haya adquirido la cosa por título traslativo de dominio tiene los derechos siguientes: ...

---

#### **Obligaciones del poseedor por menos de un año, de mala fe**

**ARTICULO 5.48.** 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 a: ...

#### **Obligaciones del poseedor por menos de un año, de mala fe**

**ARTICULO 5.48.** El que posee por menos de un año, a título traslativo de dominio y con mala fe, siempre que no haya obtenido la cosa por un medio delictuoso está obligado a: ...

---

#### **Consecuencias de la posesión adquirida por delito**

**ARTICULO 5.52.** El poseedor que haya adquirido la posesión por algún hecho delictuoso, está obligado a restituir los frutos que haya producido el bien y a indemnizar por los que haya dejado de producir por omisión culpable...

## **Consecuencias de la cosa adquirida por delito**

**ARTICULO 5.52.** El poseedor que haya adquirido la cosa por algún hecho delictuoso, esta obligado a restituir los frutos que haya producido el bien y a indemnizar por los que haya dejado de producir por omisión culpable...

---

## **Mejoras naturales**

**ARTICULO 5.58.** Las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo, son en beneficio del que haya vencido en la posesión.

## **Mejoras naturales**

**ARTICULO 5.58.** Las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo, son en beneficio del que haya vencido en la contienda posesoria.

---

## **Concepto de posesión pacífica**

**ARTICULO 5.59.** Posesión pacífica es la que se adquiere sin violencia.

## **Concepto de posesión pacífica**

**ARTICULO 5.59.** Posesión pacífica es cuando la cosa se adquiere sin violencia.

---

## **Presunción del mismo título para poseer**

**ARTICULO 5.62.** Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, salvo prueba en contrario.

## **Presunción del mismo título para poseer.**

**ARTICULO 5.62.** Se presume que la cosa poseída se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, salvo prueba en contrario.

---

Así pues, tanto los artículos en cuestión como todos aquéllos referentes a la posesión o tenencia, podremos interpretarlos y aplicarlos adecuadamente en la medida de la comprensión del análisis y argumentos contenidos en el cuerpo de este trabajo.

## **5.2 La protección posesoria.**

Al hablar de protección posesoria nos referimos indudablemente a las acciones reales consistentes en los interdictos de retener y recuperar la cosa poseída o detentada, y que se abordan a continuación. *(De nueva cuenta reiteramos que, al invocar los artículos en virtud de los cuales fundamos nuestros argumentos, mencionamos su contenido, o bien, se colocan entre paréntesis cuando tiene íntima relación con la idea expuesta.*

### INTERDICTO DE RETENER LA COSA POSEÍDA O DETENTADA

Esta acción compete al poseedor o detentador con causa legal que ha venido ejerciendo un señorío de hecho sobre la “cosa litigiosa”, y que por ende es considerado como poseedor o detentador de la misma, según los artículos 5.28. y 5.29. del Código Civil; tal circunstancia es suficiente como para que su condición se imponga al respeto de todo mundo, y por ende nadie deba de propia autoridad interferir en la esfera de su *corporalis possessio* o

posesión material, ya sea perturbándolo en la misma, o bien, consumando un despojo en su desfavor. Es por ello que a través de esta instancia se pretende la manutención de ese *señorío de factum* en plenitud y libertad, haciendo valer la acción preservativa conservatoria de mérito, en contra de quienes sin derecho estén perturbando en la consabida posesión o detentación (arts. 2.13, 2.14. y 2.15. Código de Procedimientos Civiles).

El *jus ad interdicta* (derecho al interdicto) que se hace valer, encuentra sustento no sólo en aquel estado fáctico y en la perturbación que en torno al mismo se ha dado, sino también en la oportunidad legal dentro de la que se propone al Juzgador esa cuestión litigiosa (arts. 2.13, 2.14 y 2.15 Código de Procedimientos Civiles).

### INTERDICTO DE RECUPERAR LA COSA POSEÍDA O DETENTADA

Del artículo **5.28** del Código Civil en consulta, se desprende que la **posesión** es la forma en que se exterioriza la propiedad, entendiéndola como el actuar sobre la cosa como lo haría el propietario. Por otro lado, de acuerdo con el numeral **5.29** del Código en cita, la detentación con causa legal surge cuando el que la ejerce es alguien que, de manos del propietario, recibió la cosa temporalmente en su poder por virtud a diferentes actos

jurídicos. Ahora bien, ese estado de hecho, que puede ser en rango de posesión o detentación, es protegido por la ley tanto cuando se perturba su ejercicio como cuando se le priva al poseedor o detentador con causa legal de dicho poder fáctico (art. **5.41.** del Código Civil), por lo que, en el primer caso, el legislador previó la manutención posesoria, y, en el segundo, su restitución; siempre contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer o detentar la cosa, debiéndose tomar en cuenta desde luego, que es mejor cuando la posesión se ejerce con base a un título adquisitivo de dominio, y cuando se trata de inmuebles, cuando el título esté inscrito.

De la misma manera, el Código adjetivo civil, prevé las **acciones preservativas posesorias** para los casos de perturbación o de privación de ese señorío fáctico, por lo que, mientras el artículo **2.13** se refiere al interdicto de retener, el numeral **2.16** contempla al interdicto de recuperar, pudiendo ejercitarlo incluso el “**detentador con causa legal**” de un bien inmueble, precisamente contra quien realiza el despojo.

Así pues, la hipótesis es que desde el momento en que el pretensor se sitúa en alguno de los actos adquisitivos de dominio o de retención temporal de la cosa, ejerciendo un señorío de hecho sobre la misma, de acuerdo a las facultades que el acto jurídico respectivo le confiere; por lo que cuando el despojante (y en su caso, sus cómplices) se introducen al predio de que se trate, “*ipso facto*” queda legitimado activamente en la

causa para promover la *acción preservativa interdictal de despojo*, puesto que se actualizaron los supuestos normativos de los numerales **5.41** del Código Civil y **2.16** de la ley adjetiva en cita, por lo que, tal accionante puede ejercitar ese interdicto recuperatorio a más tardar dentro del año siguiente a los respectivos hechos violentos, según lo imponen los numerales **5.42.** de ese ordenamiento sustantivo y **2.18.** de la ley procesal de la materia, debiéndose precisar desde luego las circunstancias de lugar, modo y tiempo exacto. Ahora bien, si por virtud de aquel despojo le ha sido arrebatada momentáneamente el señorío “de hecho” respecto del inmueble en cuestión, en términos del artículo **5.63 fracción V** del Código Civil, continúa siendo poseedor de ese señorío fáctico, dado que la conducta del reo y demás personas se realizó hace menos tiempo de un año. Ahora bien, nosotros estimamos que esto último es incorrecto, pues la posesión se pierde desde el momento mismo de la privación de la cosa material, ya sea directamente al propietario o a su servidor posesorio, al ya no poder actuar sobre la cosa en torno a las facultades del propietario.

Lo erróneo se denota si analizamos dicho precepto legal con el artículo 2.18. del Código adjetivo civil, pues se crea una ficción jurídica inestimable, relativa a que en tanto no transcurra el plazo de un año para ejercitar el interdicto de recuperar, se continúa siendo poseedor, pero ello es absurdo, pues la posesión se pierde, insistimos, desde el momento mismo de la privación de la cosa. Lo que debemos comprender es que hasta entonces

conservamos la posibilidad legal de ejercitar la acción real conducente, precisamente dentro del año siguiente al despojo, situaciones que debemos diferenciar claramente.

Es por las anteriores consideraciones, que estimamos haber expuesto con claridad el momento en que se actualizan los presupuestos de la acción **recuperatoria**, que se puede hacer valer en contra del despojante; independientemente de que también se actualiza el tipo penal de **despojo** que contempla el Código Penal vigente para el Estado de México, y que ya por separado, tal hecho delictivo se puede denunciar ante el Ministerio Público Investigador correspondiente.

### **5.3. La posesión y la *usucapión*.**

Ya hemos argumentado bastante con relación a la posesión y todo lo que circunda en torno a este vocablo, siendo categóricos al precisar que el único que puede ser declarado judicialmente propietario de la cosa a través de la usucapión lo es el propietario del bien, al actuar sobre la cosa como un auténtico dueño, ya sea de forma directa o indirecta (*corpore alieno*). Pero nos falta abordar lo relativo a las **conditio usucapiendi** o requisitos para prescribir que exige el Código Civil, previendo que la posesión necesaria para usucapir debe ser: En concepto de propietario, pacífica, continua y pública,

además de haber transcurrido el tiempo conducente, lo cual sabemos, dependerá de la buena o mala fe, lo cual influye en cuanto al factor tiempo.

Es de **buena fe**, cuando el poseedor adquiere la cosa por título traslativo de dominio.

Es **pública**, al ser reconocida por todo el mundo, es la que se disfruta de manera que pueda ser conocida por todos y la inscrita en el Registro Público de la Propiedad. Es **continua**, la que no se ha interrumpido por alguno de los medios señalados por el Código Civil.

Es **pacífica**, cuando la cosa poseída se adquiere sin violencia.

Lo es en **concepto de propietario**, cuando se han realizado sobre el bien actos materiales de aprovechamiento que son susceptibles de apreciarse por los sentidos, y que hacen ver a todo mundo que nos conducimos como dueños en sentido económico.

Esa usucapión, dada su naturaleza jurídica, se perfecciona por ministerio de la ley, sin embargo, es necesaria la sola declaración judicial sobre nuestro derecho preexistente, para que el fallo respectivo nos sirva como título en sentido instrumental, que en vía de prueba podamos oponer **erga omnes**, es decir, contra todo mundo.

Sobre el punto de mérito, cabe reiterar que, desde el momento mismo en que se **actualizan** o cumplen los **supuestos jurídicos** establecidos por los numerales **5.128** y **5.130** del Código Civil, entonces “**ipso jure**” o por ministerio de ley se genera la **consecuencia legal** respectiva; esto es, que el bien ***queda adquirido por usucapión***, sin que para esto sea necesario promover el juicio a que se refiere el numeral **5.140** del citado Código, pues tal aspecto sólo es potestativo para el poseedor cuando quiere contar con un título instrumental en que se patentice la declaración de su derecho, de ese derecho que previamente adquirió por satisfacerse los extremos de los referidos artículos **5.128** y **5.130**, entonces, al cumplirse los elementos de los artículos precedentes, **LA USUCAPIÓN ALCANZA A OPERAR**, es decir, a generarse, a perfeccionarse, aun y cuando no se hubiese promovido el juicio de usucapión, pues, como antes se dijo, éste sólo conlleva a la declaración de que esa adquisición de propiedad ha operado, y no a la constitución del derecho; prueba de ello es que tanto la acción de usucapión como la sentencia que la declara procedente, **NO SON DE NATURALEZA CONSTITUTIVA SINO DECLARATIVA.**

## CONCLUSIONES

1.- La posesión nada tiene que ver con la idea del simple poder de hecho, que más bien se refiere a la tenencia.

2.- La posesión es un auténtico derecho real, al ser la forma en que se exterioriza la propiedad.

3.- Poseedor es aquel que directa o indirectamente usa y dispone ampliamente de la cosa.

4.- La posesión no es tal, si no le antecede la causa de propiedad, y sin tan sólo existe esta última, entonces sólo tenemos una causa eventual de posesión.

5.- Mi concepto de posesión proporciona un ángulo con mayor grado de amplitud, ya que no sólo abarca las conductas de hecho, sino que la posesión subsiste aun cuando los actos sobre la cosa los lleva a cabo un tercero.

6.- Debe modificarse el *multicitado* artículo 5.28. del Código Civil respectivo, en los términos de la propuesta mencionada en el capítulo tercero, substituyendo la noción de poder de hecho, por la que propongo, evitando así las contradicciones que la concepción actual origina.

7.- Es necesario adecuar todos aquellos preceptos jurídicos relativos a la posesión con la esencia de la connotación propuesta.

8.- La actual definición excluye por completo los supuestos del “poseedor originario” y el “poseedor derivado”.

9.- El mal llamado poseedor derivado, nada tiene de cierto y eficaz, dado la naturaleza del acto jurídico en virtud del cual despliega exclusivamente actos de retención temporal, por tanto, lo correcto es identificarlo como un detentador con causa legal.

10.- El precarista es aquél cuya tenencia de la cosa es momentánea, meramente transitoria, sin interés jurídico alguno, por lo que su situación de hecho se encuentra desprovista de toda protección legal.

11.- El poseedor y detentador con causa legal, tienen la legitimación de ejercitar las acciones preservativas de retener o restituir la cosa, para el caso de perturbación o despojo.

12.- El poseedor, es el único que puede consolidar su propiedad nacida mediante un título subjetivamente válido o para apropiarse legalmente de la cosa mediante la *usucapión*.

13.- No existirá posesión, respecto de todas aquellas cosas que no sean susceptibles de apropiación, por estar fuera del comercio.



## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Arce y Cervantes José. "De los bienes". Tercera edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1997.
- 2.- Arratibel Salas Luis Gustavo, Huber Olea Francisco José. "Código Civil para el Distrito Federal. Comentado, concordado y con tesis de jurisprudencia, Tomo I". Editorial Sista. México, D.F. noviembre 2003.
- 3.- Benedetti Julio Cesar. "La posesión. Teoría y práctica de su amparo". Reimpresión. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires. 1972.
- 4.- Elías Azar Edgar. "Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano". Segunda edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1997.
- 5.- Ibarrola, Antonio de. "Cosas y Sucesiones". 14ª.edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 2003.
- 6.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. "Código Civil para el Distrito Federal. Texto comentado. Libro segundo. De los bienes. Tomo II". Segunda edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1993.
- 7.- Ludwing Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolf. "Tratado de Derecho Civil. Tercer Tomo: Derecho de Cosas. Volumen primero. Posesión – Derecho inmobiliario – Propiedad". Traducción española de Blas Pérez González y José Alger". BOSCH, Casa Editorial. Barcelona. 1971.
- 8.- Magallón Ibarra, Jorge Mario. "Instituciones de Derecho Civil. Tomo IV: Derechos Reales". Editorial Porrúa. México, D.F. 1990.
- 9.- Margadant S. Guillermo Floris. "El Derecho Privado Romano. Como introducción a la crítica jurídica contemporánea". Vigésimo sexta edición. Editorial Esfinge. Estado de México. 2004.
- 10.- Messineo Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo III: Derechos de la personalidad – Derecho de familia – Derechos reales. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.-sin fecha de edición.
- 11.- Morineau Iduarte, Martha, Iglesias González, Roman. "Derecho Romano". Cuarta edición. Editorial OXFORD. México, D.F. 2004.
- 12.- Orizaba Monroy Salvador. "Nociones de Derecho Civil". Editorial Sista. México, D.F. 2003.
- 13.- Pina, Rafael de. "Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo II: Bienes. Sucesiones". 15ª. edición. Revisada por Rafael de Pina Vara. Actualizada por Juan Pablo de Pina García. Editorial Porrúa. México, D.F. 1998.

14.- Ricci Francisco. "Derecho Civil teórico y práctico". Versión española de Adolfo Posada. Editorial La Española Moderna.- sin fecha de edición.

15.- Rigaud Luis. "El Derecho Real". Historia y teorías. Su origen institucional. Traducción de J.R. Xirau". Editorial Reus (S.A.). Madrid 1928.

16.- Rojina Villegas Rafael. "Compendio de Derecho Civil. Tomo II: Bienes, Derechos Reales y Sucesiones". Trigésimo quinta edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 2003.

17.- Trejo G. Gabino. "Los Derechos Reales en Roma". Editorial Sista. México, D.F. 1999.

18.- Von Ihering, Rudolf. "Estudios Jurídicos. La lucha por el derecho del interés de los contratos, La posesión". Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, República Argentina. 1990.

## LEGISLACIÓN

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista. México, D.F. junio de 2004.

2.- Código Civil del Estado de México. Editorial Sista. México, D.F. octubre de 2004.

3.- Código Civil para el Distrito Federal. 70ª. edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 2003.

4.- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla. Editorial Cajica. S.A. de C.V. 2004.

## OTRAS FUENTES

1.- Huber Olea Francisco José. "Diccionario de Derecho Romano. Comparado con Derecho Mexicano y Canónico". Primera edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 2000.

2.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. "Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano P-Z". Primera edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 2001.

3.- Sócrates Jiménez Santiago Tiana. "Diccionario de Derecho Romano". 4ª. Edición. Editorial Sista. México, D.F. 2004.