



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

DERECHO CIVIL

Análisis de la usucapión sobre bienes inmuebles en México, como modelo de seguridad jurídica. En un sistema de transferencia de propiedad deficiente, frente a un contexto neoliberal.

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:
JOSÉ LUIS GONZAGA GALEANA

Tutor:
Mtro. Ángel Munguía Salazar
Facultad de Estudios Superiores Aragón

Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México, Octubre 2019



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.

Agradezco sinceramente a:

La Universidad Nacional Autónoma de México por inspirarme.

A Víctor Gonzaga Contréras y Teresa Galeana Durán. Mis padres. Por el incansable; absoluto e incondicional apoyo para materializar mis propias aspiraciones.

A Ariana Galván Gómez por creer siempre en mí y por los excitantes coloquios informales en el metro que revivían mi pasión por el Derecho.

A Diego José Zarate Montero, por su oportuna orientación en teoría económica y por siempre compartir su intrigante y ávido pensamiento.

A Víctor Enrique Gonzaga Galeana, José Alejandro Gonzaga Galeana y Shender María Ávila Sansores. Mis hermanos y mi cuñada. Por lo que aprendo de su propia experiencia.

A Ana Karen González Montalvo, cuyo inconmensurable afecto y soporte fueron aliciente en los momentos de desaliento durante el desarrollo del presente trabajo.

Al Mtro. Ángel Munguía Salazar, cuya confianza en el presente proyecto, me permitió encontrar el rumbo.

El Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) por su valioso apoyo en la obtención de la preparación académica necesaria para el desarrollo del presente trabajo.

A mis compañeros de la Maestría en Derecho y de la Especialidad en Derecho Civil, de cuyas vidas, ideas y acciones me serví y serviré para mi desarrollo académico.

Para Ander. Mi sobrino. Que este trabajo sea, para él, dechado de anteponer sus ideales y aspiraciones a las frivolidades de la vida.

Según nuestras actuales ideas, el contrato parece un modo tan natural de fundar las relaciones jurídicas que no titubeamos en atribuir a los romanos nuestra manera de ver; pero nos engañamos radicalmente...

-Rudolf von Ihering.-

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE EL DESARROLLO DEL DERECHO ROMANO PRIVADO, RESPECTO A LA PROPIEDAD; SU ADQUISICIÓN, PROTECCIÓN Y TRANSMISIÓN

I. HISTORIA DEL DERECHO ROMANO PRIVADO	14
II. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO	24
III. <i>MANCIPIUM, RES MANCIPI Y RES NEC MANCIPI</i>	25
IV. <i>LA MANCIPATIO</i>	33
V. <i>EL IUS QUIRITIUM</i>	38
VI. DE LA CREACIÓN DE LA PROPIEDAD INDIVIDUAL Y LAS FUNCIONES DEL <i>AGER EN ROMA</i>	44
VII. LA PROPIEDAD BONITARIA Y LA <i>ACTIO PUBLICIANA</i>	45
VIII. EL EDICTO DE CARACALLA	46
IX. <i>LA USUCAPIO</i>	47
1. <i>La usucapio del Derecho clásico romano</i>	47
2. <i>La praescriptio longi temporis</i>	49
3. <i>La usucapio en la época justiniana</i>	50
X. LA FORMACIÓN DEL DERECHO ALEMÁN A TRAVÉS DEL DERECHO ROMANO	52
XI. LA INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO EN EL DERECHO FRANCÉS	53

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD FRENTE A SU EFICIENCIA ECONÓMICA EN EL CONTEXTO NEOLIBERAL DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

I. EL NEOLIBERALISMO Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD	55
1. <i>La propiedad como derecho natural</i>	56
2. <i>La teoría social y el surgimiento del Estado benefactor</i>	58
3. <i>La función social de la propiedad</i>	61
4. <i>De la caída del Estado Benefactor y la creación del neoliberalismo</i>	62
II. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	66
III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD	70
1. <i>Criterios distributivos de los derechos de propiedad</i>	72
A. <i>Por eficiencia económica</i>	72
B. <i>Por objetivos distributivos</i>	73
C. <i>Por otros criterios de justicia</i>	73
2. <i>Mecanismos de garantía de titularidades</i>	73
A. <i>Reglas de propiedad</i>	74
B. <i>Reglas de responsabilidad</i>	74
C. <i>Reglas de inalienabilidad</i>	74
IV. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD	75
1. <i>Registros de documentos o títulos</i>	78
2. <i>Registros de derechos</i>	79
V. SEGURIDAD ECONÓMICA, SEGURIDAD DE TRÁFICO Y SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD	82
1. <i>Seguridad económica</i>	82
2. <i>Seguridad de tráfico</i>	83
3. <i>Seguridad jurídica</i>	84

A. Como principio	84
B. Como norma	85
C. Como certeza	85
4. Consideraciones de la seguridad jurídica frente al Estado Constitucional.	88
5. Modelos de seguridad jurídica	89
A. Modelo A posteriori o de la reparación del daño	89
B. Modelo latino o a priori	90
C. Modelo anglosajón o preventivo de amenaza	90
VI. EL TEOREMA DE COASE	91

CAPÍTULO TERCERO

ASPECTOS LEGALES DE LA USUCAPIÓN Y LA ADVERSE POSSESSION

I. INFLUENCIAS EN EL MARCO LEGAL MEXICANO RESPECTO A LA USUCAPIÓN	97
II. INTENCIONES EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTO A LA PROPIEDAD PRIVADA	111
III. POSTURA TEÓRICA FRENTE A LA POSESIÓN, LA PROPIEDAD Y LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1928	115
IV. BREVE ANÁLISIS DE LAS CODIFICACIONES LOCALES QUE COMPRENDE LA REPÚBLICA MEXICANA, RESPECTO A LA PRESCRIPCIÓN POSITIVA, PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA O USUCAPIÓN	117
V. ANÁLISIS DE LA ADVERSE POSSESSION	127
1. <i>J.A. Pye (Oxford) Ltd v United Kingdom</i>	128
2. <i>Report by the British Institute of International and Comparative Law for Her Majesty's Court Service. September 2006. Adverse Possession</i>	136

CAPÍTULO CUARTO

LA FUNCIÓN DE LA USUCAPIÓN DENTRO DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD EN MÉXICO

I. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA USUCAPIÓN ..	138
1. <i>El carácter probatorio del usus auctoritas</i>	139
2. <i>La naturaleza jurídica de la usucapio como reinvencción del usus auctoritas</i>	143
3. <i>¿La usucapio era un modo de adquisición de transmisiones a non domino?</i>	148
4. <i>Contradicciones teórico - históricas de la usucapio</i>	161
II. ¿EN QUE MOMENTO SOMOS PROPIETARIOS?	165
1. <i>Sobre la intención consensualista del Derecho civil mexicano</i>	166
2. <i>Sobre el formalismo en la compra venta y los efectos del Registro Público en el Derecho civil mexicano</i>	172
3. <i>Sobre el efecto retroactivo de la usucapión</i>	173
III. EN BUSCA DE UN SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD EFICAZ.....	183
1. <i>El caso de Quintana Roo</i>	194
2. <i>El neoliberalismo y el Análisis Económico del Derecho en México</i>	197
3. <i>La confrontación de la función social y función económica de la propiedad en la usucapión de mala fe</i>	198
IV. PROPUESTA	213
CONCLUSIONES.....	220

FUENTES DE INFORMACIÓN

I. BIBLIOGRÁFICAS	226
-------------------------	-----

II. HEMEROGRÁFICAS	229
III. DOCUMENTOS PUBLICADOS EN INTERNET	231
IV. JURISPRUDENCIA	233
V. LEGISLACIÓN	234

INTRODUCCIÓN

Basta dar un vistazo a la estadística judicial que se desee, para observar, ya sea de forma general o de manera específica por juzgado, la carga de trabajo de los órganos judiciales relacionada con asuntos iniciados que se derivan de conflictos con el sistema de distribución y el de transferencia de propiedad mexicanos, ya sea desde inmatriculaciones, acciones pro forma, usucapiones o prescripciones, etc.

Por citar un ejemplo muy drástico, tan solo en 2017 se radicaron 13, 794 juicios sumarios de usucapación en el juzgado especializado en juicio sumario de usucapación de Ecatepec,¹ misma cantidad que de no existir este tipo de juzgado especializado hubiese quizá terminado dentro de los números del resto de juzgados civiles.

En el presente trabajo de investigación nos gustaría demostrar que la usucapación es una prueba muy clara de que existen grandes fallas en nuestro sistemas de propiedad, ya que citando otro ejemplo, tan solo en 2018 los juicios relacionados con la usucapación ocuparon el 42.5% del total de asuntos iniciados en el Poder Judicial del Estado de México, ocupando a su vez el primer lugar de frecuencia en juicios de materia civil.²

En esta tesitura a lo largo de la presente investigación se intentará brindar al lector de los elementos teóricos y legales necesarios para comprender la falla del

¹ *Vid.*, Estadística Judicial del Poder Judicial del Estado de México, disponible en: <http://web2.pjedomex.gob.mx/web2/estgen/php/inicio.php>

² *Apud*, 4º informe de desarrollo estratégico 2018, Mgdo. Sergio Javier Medina Peñaloza, Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, disponible en: <http://cuartoinforme.pjedomex.gob.mx/cuartoinforme/leerInforme/agenda.html>

sistema de propiedad en México y de la usucapión como remedio ineficaz de dicha falla.

Para lograr este cometido, en el primero de los capítulos comenzaremos por inducir al lector, en los antecedentes históricos primigenios de la usucapión en Roma; así como de otras figuras jurídicas que se desarrollaron en la misma época y cultura, a efecto de contextualizar su origen. Cabe señalar que este capítulo no puede entenderse solo como simple historia, dado que es necesario comprender que la romanística y el estudio del Derecho Romano son inacabados y se encuentran llenos de teorías y constantes reinterpretaciones.

En atención a lo anterior en el primer capítulo no solo expondremos el concepto y generalidades de las figuras jurídicas romanas, sino que desentrañaremos su naturaleza jurídica a través de un análisis crítico de las teorías que las han explicado hasta la actualidad, y sobre las cuales nos apoyaremos en el último capítulo de la investigación para intentar demostrar que las mismas han interpretado erróneamente a la usucapión; así como para demostrar que dicha mal interpretación ocurrió incluso en la época romana imperial o en la época post clásica.

Es por ello que en el primer capítulo iniciaremos dando una visión general de cómo se desarrolló el Derecho privado en Roma, lo cual nos servirá en todo momento para comprender el porqué del nacimiento o transformación de ciertas figuras jurídicas. De no tener presente esta información, perderemos el contexto social, jurídico y filosófico de cada una de las figuras. Posterior a ello, analizaremos figuras como el *mancipium*, las *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, la *mancipatio*, el *ius Quiritium*, el *ager publicum* y *privatus*, la *possessio*, la propiedad *in bonis*, la *actio Publiciana* y las generalidades de la *usucapio*.

Con esta información de referencia, lo siguiente será introducir al lector al contexto en que nuestro sistema jurídico entiende a la propiedad desde su punto de

vista político, económico y filosófico, en otras palabras, ilustraremos lo que a diferencia de la época romana se entiende por propiedad en nuestra época y como esta concepción nos permite desarrollar los sistemas de distribución y transferencia de la propiedad misma.

Para llegar a este entendido, se explicará al lector como se desarrolló la propiedad en sentido filosófico y político terminando por darle un punto de vista económico, lo cual permitirá entender a la propiedad como actualmente lo hace la ciencia jurídica en un contexto neoliberal. En consecuencia, introduciremos al lector en el análisis económico del Derecho como metodología económica para el desarrollo eficaz de los derechos de propiedad y demostrar como el Derecho puede utilizarse en su forma de política jurídica para predecir y promover el desarrollo económico y social del Estado.

Hecho lo anterior, finalizaremos el capítulo, explicando lo que la seguridad jurídica es, con el objetivo de demostrar al final de la investigación que el único objetivo de la usucapión es otorgar la misma y que actualmente en nuestro sistema jurídico es la única forma de garantizar la seguridad jurídica absoluta.

Consecuente a este capítulo, desarrollaremos en un tercer capítulo la forma en que la usucapión se encuentra estructurada en el sistema legal vigente en México, siendo necesario para ello mostrar las influencias que tuvo para llegar a su actual forma de regulación. Una vez hecho esto, analizar el contexto social y jurídico en que la propiedad se desenvolvía en aquella época para de esta manera justificar su función, lo cual se hará a través del análisis tanto de la exposición de motivos de la iniciativa del artículo 27 para la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 como de la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928.

Por último, en este tercer capítulo se hará el análisis de una figura jurídica de

Derecho foráneo denominada *adverse possessio*; a través de la exposición del caso *J.A. Pye (Oxford) Ltd v United Kingdom*, llevado por la Corte Europea de Derechos Humanos. Dicha figura nos ayudará a comprender la usucapión como prescripción negativa y también nos conducirá a cuestionarnos sobre la eficacia económica y jurídica de la misma en términos de justicia.

Por último en el cuarto de los capítulos que conforman este trabajo, será el dedicado a desarrollar en el lector una perspectiva crítica de la usucapión, cuestionándonos desde su origen histórico hasta su eficacia jurídica y económica actual.

Para lograr esto último, iniciaremos por reinterpretar los orígenes de la usucapión, elaborando una conclusión teórica, apoyada por teorías actuales de Derecho romano, lo cual nos demostrará que la función y alcances que en la actualidad tiene la usucapión distan mucho de la función y alcances que tenía en su concepción original. Y que dicho distanciamiento no se debe a una evolución de la figura, sino a una mal interpretación de la misma y del contexto en que se utilizó. Siendo una tarea mal lograda de tratadistas y legisladores el equiparar ciertas figuras de derecho moderno a las de derecho romano.

Consecuentemente, se criticará la eficacia del actual sistema de transferencia de propiedad en México desde un punto de vista legal, histórico y teórico. Destacando el caso del sistema de transferencia de propiedad en la legislación civil de Quintana Roo, lo cual contribuirá para conducirnos poco a poco al planteamiento de una propuesta de un sistema de transferencia de la propiedad eficaz, económica y jurídicamente, de entre muchas otras soluciones que dependiendo de los intereses, objetivos y obligaciones que el Estado tenga frente a la sociedad podrían desarrollarse.

Al concluir con la lectura y comprensión del trabajo de investigación se espera que el lector entienda que la usucapión es un remedio a medias de un sistema de

propiedad deficiente, que resulta anacrónico e ineficaz tanto en términos económicos, teóricos, así como de justicia. Por lo que las conclusiones a las que aquí se llegan resultan necesarias para en que en trabajos separados al presente se ideen y desarrollen a fondo soluciones que corrijan las deficiencias del sistema jurídico en su totalidad, a efecto de que las controversias judiciales que se originen por la propiedad, sean por actos ilícitos únicamente y no por inconsistencias teóricas y legales. De esta manera se aliviaría en gran parte la cantidad de trabajo que esto último le ocasiona a tribunales civiles y se esperaría que aquello contribuya al mejoramiento de la impartición de justicia en el resto de asuntos de los cuales conocen los tribunales, en términos de prontitud y expedituz.

Y si bien en la parte final de la presente investigación se presenta una propuesta; como bien se refiere en dicho apartado, esto no puede ser una solución única, sino que depende mucho de los motivos y objetivos políticos y económicos que rijan en el territorio donde las normas tengan vigencia. En otras palabras, la presente investigación permitirá, a los interesados en desarrollar dichas soluciones, conocer las causas y razones por las que la usucapión resulta una medida paliatoria para resolver el deficiente sistema de transferencia de propiedad inmueble en México.

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE EL DESARROLLO DEL DERECHO ROMANO PRIVADO, RESPECTO A LA PROPIEDAD; SU ADQUISICIÓN, PROTECCIÓN Y TRANSMISIÓN.

I. HISTORIA DEL DERECHO ROMANO PRIVADO

Para entender la evolución de la usucapión en el Derecho romano es necesario conocer el momento histórico en que surgieron otras figuras, de este mismo sistema legal, y además conocer de antemano el contexto del mismo. Por ello intentaremos dar un breve resumen, y evitar una perorata, del contexto legal de cada una de las épocas del Derecho romano; y de esta manera partir con una base para el mejor entendimiento de los problemas de la usucapión y de otras figuras incluso en el momento histórico que sucedieron, que serán claramente contrastadas nuevamente en el último capítulo de este trabajo.

Así pues, comenzaremos señalando que para Petit la historia del Derecho privado romano puede explicarse en cuatro periodos³, a saber:

El primer periodo que comprendería los primeros 304 años; desde la fundación de Roma hasta la creación de las XII Tablas.

Posteriormente en un segundo periodo; que comprendería los siguientes 419 años, a partir de la creación de la ley de las XII Tablas hasta el fin de la época republicana.

Después un tercer periodo de 265 años; desde la creación del Imperio

³ Cfr. Petit, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano.*, 25a. ed., José Fernández González, D.F., Porrúa, 2015, pp. 27-73.

Romano hasta la muerte de Alejandro Severo, acaecida aproximadamente en el año 235 de la era cristiana.

Finalmente el cuarto y último periodo, en que podría estudiarse el derecho privado romano, sería el que comprende de los años 225 d.c. a 565 d.c.; esto es, el comprendido entre la muerte de Alejandro Severo hasta la muerte de Justiniano.

De tal manera que en cada uno de los cuatro periodos antes referidos se suscitaron diversos eventos; que son relevantes mencionar para la mejor comprensión del estudio que aquí se plantea. Resultando evidente la constante evolución de la sociedad romana y de su organización.

Por ejemplo, en el primer periodo, Roma se funda a partir de tres grandes tribus: los ramnenses o raza latina; los titienses o raza sabina y los luceres o raza etrusca. A su vez cada una de las tribus se dividía en 10 *curias*, siendo una curia la conglomeración de un cierto número de *gens* o gentes, para lo cual una *gens* era entendida como el cúmulo de individuos descendientes de los varones de un tronco común.

También es relevante señalar que a la muerte del tronco común de la *gens*; es decir, el varón más anciano, sus hijos podían hacerse jefes de diversas familias; pero, siempre conservando un rasgo común de su origen en el nombre (*nomen gentilium*).

En ese orden de ideas, a los *pater familias* y sus descendientes que componían las *gens* de las 30 curias se les denominó y distinguió en ese entonces como *patricios*, quienes gozaban del derecho de participar en asuntos de gobierno y de todos los privilegios de la ciudadanía romana.

De acuerdo al tratadista inicialmente referido; en un principio y posterior a la fundación de Roma, solo existían *patricios* y *clientes*. Estos últimos podría decirse

que eran la fuerza de trabajo bajo protección de los *pater familias* de una *gens*, los cuales estaban integrados por extranjeros o servidumbre que tenían las tribus desde antes de la fundación de Roma. No obstante, más adelante se creó una nueva clase de personas, llamados *plebeyos*, que no eran otra cosa sino probablemente familias de clientes que quedaron sin protección de sus patrones por haberse extinguido su *gens*, entre otro tipo de individuos como pudo ser la gente más pobre de los territorios conquistados, situación que realmente no es clara en la teoría del Derecho romano, sino que se basa en su mayoría en conjeturas.

Otro de los aspectos relevantes en este periodo fue la forma de organización de la política y por ende del Derecho romano, siendo una organización dirigida por un rey pero donde la soberanía recaía más bien en los patricios. Además, las leyes principalmente dictadas por las *comitia curiata*, es decir, las asambleas de los *patricios* y la *clientela* de las 30 *curias* fundadoras, recibían el nombre de *leges curiatae*.

Así las cosas, conforme crecía la población se tornó preocupante la situación de que únicamente los *patricios* pagaban impuestos y tenían la carga del servicio militar. Ante esta problemática, en un primer intento el rey Tarquino el Antiguo presentó la iniciativa de crear tres nuevas tribus que estuvieran integradas por plebeyos; sin embargo, dicha propuesta no tuvo éxito, limitándose a acrecentar las tres tribus existentes con el ingreso de familias plebeyas, que recibieron el nombre de *minores gentes*, y dependiendo de la tribu en que estuvieran insertadas eran conocidas como *ramnenses secundi*, *titienses secundi* o *luceres secundi*.

Posteriormente, durante el mandato de Servio Tulio, sucesor de Tarquino el Antiguo, se implementó una serie de reformas para actualizar la organización política y militar de Roma, dejando intactas, al igual que Tarquino, el número de tribus fundadoras e implementando por el contrario una división de la población basada en sus riquezas.

En un primer momento impulsó la entrada de los plebeyos al servicio militar y al pago de impuestos, más adelante dividió geográficamente el territorio romano en cuatro regiones con base a los domicilios de la población y creó el censo para conocer de la riqueza de las familias, con la cual como se mencionara en líneas anteriores fue necesaria para dividir a la población en cinco clases de acuerdo a su poder adquisitivo, y a su vez estas clases estaban agrupadas en *centurias*.

Lo anterior hizo necesario otorgarles voto para la toma de decisiones de la sociedad en un nuevo tipo de asambleas convocadas por el rey denominadas *comitia centuriata*, donde cada *centuria* era un voto y el resultado de las iniciativas surgidas y aprobadas por el senado daban origen a las *lex centuriata*; sin embargo, estas nuevas asambleas no desplazaron a las *comitia curiata*.

Finalmente, la última renovación de la forma de organización política en Roma se dio una vez abolida la monarquía como forma de gobierno e instaurada la República con dos cónsules al mando, y tras una serie de acontecimientos donde los patricios se convertían en acreedores de la plebe, estos últimos decidieron retirarse de Roma, hasta que le fuera concedida a la plebe la instauración de los *tribuni plebis*, quienes convocaban a asambleas a esta misma, convocándolos posteriormente por tribus. Costumbre que fuera adoptada posteriormente por los magistrados patricios para convocar, ya no en *centurias* sino por tribus, creándose así las *comitia tributa* donde la unidad de voto se reducía a la *tribu* y se trataban al parecer asuntos de menor importancia puesto que la población mayoritaria eran plebeyos.

Esta evolución en la organización política que se caracterizó por la ingente suma de plebeyos que rebasaba a los patricios comenzó a ejercer presión sobre la igualdad de derechos a través de los tribunos, situación que derivó en la creación de las XII Tablas.

Las XII Tablas son las leyes más famosas en la historia del Derecho romano;

sin que anterior a éstas exista dato cierto de codificación alguna, siendo regidos los primeros tres siglos de la sociedad romana por lo que se conocía como *mores o mores maiorum*, que se refieren a las “costumbres o usos tenidos como reglas de conducta por los antepasados”,⁴ “y que constituyeron la primera fuente formal de Derecho en Roma”⁵. Si bien se habló de las *lex centuriata* y las *leges curiatae*, lo cierto es que no existe registro de estas hasta la época de la República; no obstante lo anterior ninguna de ellas en razón de derecho privado.

No se soslaya el conocimiento del llamado *ius civile papirianum*, que se tratara de supuestas leyes hechas votar en las curias por Rómulo y que recopilara alguien llamado Papirio hasta la época del rey Tarquino y que supuestamente fueran desechadas una vez instaurada la República; sin embargo las mismas han sido calificadas de apócrifas.⁶

Así las cosas, el derecho en los primeros siglos desde la fundación de Roma se hacía regir por los usos y costumbres de los antepasados, sin existir codificación alguna existente anterior a la creación de las XII Tablas; que no fuera creada sino hasta después de haberse mandado una comitiva de tres patricios a Grecia a aprender su legislación, que era la más famosa de su época. Poco después de su regreso, bajo votación en *comitia centuriata*, se hizo votar la suspensión de las magistraturas existentes y su sustitución por 10 magistrados patricios que recibieron el nombre de *decenviros*, encargados de hacer la nueva codificación romana, teniendo como resultado las primeras 10 tablas. Siendo insuficientes éstas, se votaron nuevos *decenviros*, y éstos agregaron dos nuevas tablas.

⁴ Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino, *Diccionario de derecho romano*, 3a. ed., Madrid, Reus, 1982, p. 471.

⁵ Huber Olea, Francisco José, *Diccionario de derecho romano. Comparado con derecho mexicano y derecho canónico*, 2a. ed., D.F., Porrúa, 2007, p.420.

⁶ Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino, *op. cit.*, p. 337.

El contenido de estas doce tablas nunca fue cierto, sino que lo que actualmente conocemos como el texto que pudo haberse escrito en ellas es gracias a los comentarios de los jurisconsultos, que analizaban fragmentos de las mismas en sus tratados, ya que las tablas fueron escritas en una lengua latina antigua.

Ahora bien, durante el segundo periodo de los cuatro mencionados al inicio del presente capítulo, se puede decir que fue un lapso en el que los plebeyos fueron adquiriendo mayores concesiones para procurar la igualdad que buscaban y que la ley de las XII tablas solo había hecho comenzar. De tal guisa llegaron a diferentes magistraturas, además de los *tribunus plebis*, se instauraron pues como *cuestores*, *censores*, *pretores*, *pontífices*, *augures*, *senadores*, hasta alcanzar el consulado. Asimismo, lograron que a través de la ley *Hortensia*, dar obligatoriedad general a los plebiscitos y darle validez a los mismos sin necesidad de ser sancionados con la *auctoritas patronum*.

Por su parte, el Derecho romano, sufría ciertos cambios, como el de la reducción del número de asuntos tratados en las *comitia curiata*, reservándose solamente para cuestiones de interés para las curias, como: consagración de testamentos, adrogaciones entre otros. En cuanto hace a las *lex centuriata*, permanecen como la forma legislativa por excelencia, y en un segundo plano sobre asuntos menores, las leyes emanadas de *comitia tributa*.

Sin embargo, los *plebiscitos* cobraron particular fuerza en este periodo debido a la *Lex Hortensia* y fue gracias a esta forma legislativa en que emanan muchas de las leyes que consiguieron igualdad para esta clase social.

Asimismo, la costumbre como fuente del Derecho romano no pierde validez, en tanto sigue siendo una forma no escrita del Derecho por el uso de una regla o de una figura a través de varias generaciones, y que los jurisconsultos se encargaran de apoyar puesto que ante la abstracción de las XII Tablas se hacía necesario regular casos específicos, por lo que surgiera el derecho romano procesal a través

de las *legis actiones* las cuales inicialmente estaban inclinadas a la clase acaudalada de Roma, puesto que se trataban de ritos sacramentales y días específicos (*días fastos*) en que podían usarse estas *legis actiones*, que solo los pontífices y magistrados patricios conocían, debido a que muchos de los asuntos a tratar coincidían con cuestiones del *ius sacrum*.

Sin embargo, el monopolio del conocimiento jurídico termina cuando a mediados del siglo V de Roma, Cneo Flavio, quien fuera secretario de un patricio de nombre Apio Claudio Caeco, divulga estas fórmulas y *días fastos* en que las *legis actiones* se basaban. Dicha divulgación, recibió el nombre de *Ius flavianum*, en honor a su publicador. Más adelante, un ex cónsul de nombre Sexto Aelio, completa esta publicación con una colección propia, que se conociera más tarde como *Ius aelianum* o *tripartita*, dado que dicha colección se dividía en tres partes; siendo la primera el texto original de las XII Tablas, posteriormente su interpretación y por último los ritos de las *legis actiones*.

Lo anterior provocó que los *plebeyos* tuvieran acceso a la ciencia jurídica y que fueran versados en la materia, llegando hasta el punto de ser consultados por los pontífices o magistrados, por lo que existió un auge en cuanto al Derecho y a su análisis, y aunque las interpretaciones de los jurisconsultos no fueran obligatorias, comenzaban a tomar un importante papel en el desenvolvimiento posterior del Derecho romano.

Aunado a estas fuentes, surge una más en este periodo, referida al *ius honorarium*, el cual proviene de los *edicta*, es decir, de las pronunciaciones de las magistraturas relativas a *pretore peregrinus*, pues en aquel tiempo los pretore fueron divididos en *pretore urbanum* y los ya mencionados, éstos últimos encargados de dirimir los conflictos entre pobladores extranjeros en territorios conquistados o entre ciudadanos y extranjeros. Dicho *ius honorarium* también se hizo engrosar por los *edicta* de *ediles curules*, así como de los gobernadores y *cuestores* de las provincias.

Resulta importante resaltar que dichos *edicta* eran conocidos también como *annum* o *perpetuum* puesto que su vigencia era la misma que la del cargo del magistrado que lo emitió; sin embargo, los magistrados entrantes al ver la eficacia y quizá la eficiencia de las reglas del antecesor, es que conservaban las más útiles, por lo que al ser reiterado el uso de dichas reglas alcanzaban por obtener la fuerza de ley.

En ese orden de ideas es que se comenzaron a elegir a juriconsultos destacados para la ocupación de magistraturas, por la trascendencia de sus actos para el Derecho romano.

El tercer periodo, de los propuestos para el análisis del Derecho privado romano, comienza con la proclamación de Octavio como primer emperador de Roma, posterior a la guerra de Accio o Actium entre él y Marco Antonio, siendo aquel sobrino de Julio César, el cual fuera asesinado antes de completar su objetivo de crear un estilo de gobierno autocrático que terminó por desarrollar finalmente Octavio.

Durante este periodo de monarquía absoluta, Octavio reabsorbe todos los poderes que tenían los cónsules anterior a dispersarlos en diferentes magistraturas, puesto que además del poder *proconsular*, se hizo de los poderes *tribunicio*, *religioso* y *ensorial*; sin embargo este hecho no eliminó las magistraturas. Además se hace de un *imperium* al estilo de los dictadores para hacer cualquier cosa que considere necesaria o útil para el desarrollo de Roma.

En esta tesitura, el Derecho privado sufre algunas modificaciones en sus fuentes, a excepción de la costumbre que continua siendo la fuente de Derecho no escrito por excelencia. Sin embargo, las leyes a pesar de que durante Octavio continúan siendo votadas en comicios, paulatinamente se pierden su potestad legislativa, aproximadamente por el siglo II de nuestra era es cuando comienza su

desuso, pasando poco a poco el voto a el senado, para que finalmente este fuera el encargado de crear la ley. Es de esta forma que los senadoconsultos y constituciones imperiales se instauran en lugar de los plebiscitos y las leyes votadas en comicios.

Aunque en un inicio los senadoconsultos no les era reconocida fuerza legal alguna, a partir del emperador Adriano, en el siglo II, los senadoconsultos fueron reconocidos por los jurisconsultos; sin embargo, poco a poco fueron, al igual que los comicios, cayendo en desuso, hasta la época del emperador Septimio Severo.

Procedieron a lo senadoconsultos, las constituciones imperiales que no era nada más que los mandamientos que hacía el emperador, los cuales se dividían en: *edicta, decreta y rescripta*. Los primeros, se referían a las reglas que publicaba en su carácter de magistrado, los segundos eran resoluciones obre casos particulares, y los últimos se referían a las respuestas dadas a consultas solicitadas.

También existieron los *mandata* que eran las órdenes dadas por el emperador a los gobernadores de provincias.

En esta época imperial, el *ius honorarium* de los ediles curules y pretores urbanos se compiló en un trabajo elaborado por el jurisconsulto Salvio Juliano, por órdenes del emperador Adriano, recibiendo el nombre de *edictum perpetuum*. Asimismo las consultas dadas por los jurisconsultos pasaron a tener carácter oficial a partir del imperio de Augusto, si este les otorgaba licencia para darlas (*ius respondendi*), aunque seguían existiendo los jurisconsultos no oficiales, de cualquier forma, ninguno de los dos tenía carácter de ley. Adriano a finales de su reinado determina que si se reunían más de dos dictámenes favorables de jurisconsultos oficiales, se hacía ley esta consulta (*responsa prudentium*)

Finalmente, en las últimas de estas cuatro épocas del derecho privado, que inicia a partir de la muerte del emperador Alejandro Severo. Época en la que surgen

guerras civiles constantes por el trono, llegando a cambiar la sede del Imperio a Constantinopla y dividiendo como consecuencia a Roma en el Imperio Romano de Occidente y el Imperio Romano de Oriente.

Así las cosas, durante esta época, las fuentes del Derecho romano sufrieron una decadencia paulatina, dejando de usarse las leyes, el *ius honorarium*, los *senadoconsultos*, inclusive los *rescripta*, así como plebiscitos y leyes, quedando únicamente vigente las *constituciones imperiales* y la costumbre.

Sumado a la decadencia en sus fuentes, la introducción del cristianismo hace que se pierda el interés en la ciencia jurídica y su análisis y estudio, concentrándose más en los estudios religiosos y teológicos, lo que ocasiona que los jueces, menos preparados ahora, tengan que recurrir a escritos antiguos de jurisconsultos, dándose cuenta inmediatamente de la infinidad de opiniones, divergentes entre sí, por lo que los emperadores comienzan a compilar dichos escritos y eliminar opiniones que provocaban confusión. Dicho trabajo fue inicialmente ordenado por Constantino, cuyo ejemplo fuera seguido por los emperadores siguientes, compilando así en varios trabajos diversas obras de varios jurisconsultos que tuvieron o no el *ius publicae respondendi*, así como las constituciones imperiales que los gobernantes iban promulgando, destacando entre ellos la *Ley de citas* del 426 d.C.; el *Código Gregoriano*, el *Código Hermogeniano*; el *Código Teodosiano* del 429 d.C.

A su vez a la caída del Imperio Romano de Occidente en el 476 d.C., los invasores bárbaros se rigieron por las costumbres de sus países de origen, lo que llaman los romanos como *leges barbarorum*, mientras que permitieron a los romanos continuar con sus leyes a través de diversas compilaciones hechas por los conquistadores, entre las que resaltan: el *Edicto de Teodorico*, la *Ley romana de los visigodos* y la *ley romana de los borgoñeses*.

De vuelta en Oriente, el trabajo de compilación siguió bajo el mandato de

Justiniano, quién reordeno compilar nuevamente el *ius* y las *leges*, eliminando repeticiones, reglas en desuso y contradicciones. De esta manera se crearon el Código, el Digesto o Pandectas y Las Instituciones. La primera de estas compilaciones, reunía las constituciones imperiales, incluyendo los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano y las posteriores a éstas. La segunda de las compilaciones se hacía sobre el *ius* de las obras de los jurisconsultos con el *ius publicae respondendi*. Y por último Las Instituciones era una forma de enseñar el Derecho romano y como cambió en la época de Justiniano.

Las constituciones imperiales posteriores a la última edición del *Código* recibieron el nombre de *Novelas*.

Finalmente, a la muerte de Justiniano, el Derecho romano no tuvo mayor avance, más que el de una compilación realizada por el emperador Basilio que recopilaba nuevamente las cuatro partes de Justiniano, más las constituciones de los gobernantes griegos posteriores; dicha compilación recibió el nombre de las *Basílicas*.

II. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO

Entendida que fuera la forma en que surgió y se compuso el Derecho en Roma, en sus diferentes épocas, podremos comprender que si bien la noción de lo que actualmente conocemos como propiedad, tiene sus orígenes en el Derecho romano; cabe decir que en esta civilización no existía inicialmente un término exclusivo para hacer referencia a dicho derecho.

De tal guisa Bonfante refiere que el término más antiguo utilizado fue el de *mancipium*, ya que la palabra *propietas* surge en la época imperial, mientras que la palabra *dominium*, a pesar de ser más antigua que *propietas*, no era un lenguaje técnico específico para referirse a lo que hoy conocemos como propiedad, sino que

se trataba del poder general del *paterfamilias* sobre cualquier derecho subjetivo⁷.

Por otra parte Fuenteseca Degeneffe, refiere que el término *dominium* aparece hasta finales del periodo de la república como equiparable al de propiedad, y que anterior a la aparición de dicho término ya existía el de *dominus*, para hacer referencia al líder de la *domus*, y también anterior a *dominium* ya existían los modos de hacerse *dominus*.⁸

III. MANCIPIUM, RES MANCIPI Y RES NEC MANCIPI

La doctrina romanística se ha topado con problemas al intentar aclarar que significó el término *mancipium*. Por un lado Bonfante, al establecer la diferencia entre *res mancipi* y *res nec mancipi*, ayuda al entendimiento del *mancipium* como un conjunto de cosas de uso común dentro de la familia, llegando incluso a la conclusión de “que las *res mancipi* constituían en su origen la propiedad social del consorcio gentilicio, o sea, antiguamente, la verdadera propiedad”.⁹

En este sentido, Bonfante encuentra que las *res mancipi* se refieren a: “los fundos, casas o terrenos de propiedad de los ciudadanos, y por lo tanto, situados en el suelo itálico; los esclavos, los caballos, los bueyes, los mulos y los asnos, o sea todas las bestias de tiro de carga; y [...] servidumbres rústicas...”.¹⁰

Mientras que las *res nec mancipi*, se refería a todo lo demás, o en específico,

⁷ Cfr., Bonfante, Pietro, *Instituciones de derecho romano*, 5a. ed., Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, Reus, 2002, pp. 252-253.

⁸ Cfr. Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *La formación romana del concepto de propiedad. (Dominium, propietas y causa possessionis)*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 22.

⁹ Bonfante, Pietro, *op. cit.*, p.247.

¹⁰ *Ídem*.

a todo aquello de interés individual, inclusive los inmuebles que se ganaban en las conquistas, que de acuerdo a este autor, se encontraban en posesión y no así en propiedad del individuo.

La anterior clasificación, permitió establecer a Bonfante que dicha división se debía al tipo de economía agrícola en que se cimentaba la sociedad romana.

No obstante lo anterior, la teoría bonfantiana, a pesar de ser un gran hito en el estudio del Derecho romano, tuvo puntos cuestionables como lo refiriera Fuenteseca Díaz al explicar que:

Bonfante plantea el análisis del significado de las *res mancipi* desde el punto de vista de la estructura social primitiva, siempre difícil de determinar. Sus conclusiones se hallan concatenadas con gran lógica, pero se trata siempre de explicar a través de fuentes posteriores, de diversas procedencias, la trascendencia jurídico-social de una institución en época primitiva.¹¹

En otras palabras, lo que Fuenteseca Díaz intenta explicar, es que al estar basado el trabajo de Bonfante en gran parte por el palimpsesto de Verona, que actualmente conocemos como las *Institutas de Gayo*, se presenta cierta desconfianza, ya que Gayo fuera un jurisconsulto sin el *ius publicae respondendi* que vivió en el siglo II d.C.¹², es decir en la época de la república romana, por lo que a algunos tratadistas les inquieta el hecho de que a través de las enseñanzas de un jurisconsulto de la época republicana se intenten explicar figuras arcaicas o antiguas.

¹¹ Fuenteseca Díaz, Pablo, *Estudios de derecho romano*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 2009, p. 1327.

¹² Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino, *op. cit.*, p. 268.

Estas cuestiones llevaron a que De Visscher presentara una nueva postura frente a la figura del *mancipium*, divergiendo del interés social-agrícola planteado por Bonfante, y fundamentando su postura en el estudio gramatical del término *res Mancipi*, postulando que *Mancipi* es el genitivo arcaico del sustantivo *mancipium*, que de acuerdo a este tratadista tuvo tres significados en Roma, siendo tales: un poder doméstico, equiparable a la *manus* y a la *potestas*, o bien como esclavo o *servus* y por último en relación con la *mancipatio*.¹³ Ante estos significados, De Visscher estima que aquel que establece al *mancipium* como un poder es fundamental para el entendimiento de que las *res Mancipi* son "...cosa[s] susceptible[s] de un derecho o poder denominado *mancipium*".¹⁴

De tal forma la tesis de De Visscher establece que el *mancipium* puede recaer sobre cosas como sobre personas, es decir, *res Mancipi* y *personae in Mancipio*, y que precisamente eso demuestra que el *mancipium* se trata de un poder, sin dar en ningún momento una definición de *mancipium*, más que la aclaración de que, como se dijo en líneas anteriores, *Mancipi* fuera un genitivo de *mancipium*.¹⁵

Precisamente es esta cuestión la que Fuenteseca Díaz recalca como arbitraria, cuando es precisamente Gayo quien en el libro II de sus *Institutas* de los numerales 14 a 23 habla sobre las *res Mancipi*, así como en otros numerales habla de las *personae in Mancipio*, siendo importante recalcar el numeral 22 del libro II de las *Institutas de Gayo*, donde plantea: "*Mancipi uero res 'sunt' quae per Mancipationem ad alium transferuntur; unde ***** Mancipi res sunt dictae. Quod*

¹³ Cfr., Fuenteseca Díaz, Pablo, *op. cit.*, p.1328

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ Cfr., *Ídem*.

*autem ualet mancipatio, ídem ualet et iure cessio.*¹⁶ [...] (Las cosas *mancipi* son aquellas cuya propiedad pasa de una persona a otra por mancipación; y esta es la causa de que se llamen *mancipi*. Sin embargo, la cesión judicial [*cessis in iure*] equivale a la mancipación).¹⁷

No obstante lo anterior, posterior a De Visscher, fue Kaser quien apoyara parcialmente la postura de aquel, admitiendo que el término *mancipium* se refería a un poder alterno a la *potestas* y el *manus*, ya que Kaser utiliza este postulado para refrendar su análisis de la familia romana arcaica tanto como una comunidad de personas bajo un poder doméstico y como una comunidad doméstica de bienes. En ese orden de ideas, este tratadista señala que el *mancipium* se traduce como "...el poder que se consigue o puede conseguir sobre las cosas adquiribles por medio de *mancipatio*."¹⁸

Sin embargo, Kaser agrega a su tesis que en la época primitiva no existía un concepto de propiedad porque las cosas no se adjudicaban en específico a alguien o a una comunidad doméstica concreta, sino que simplemente se afirmaba el derecho de preferencia sobre una cosa frente al adversario procesal por alguna causa jurídica. Es esta situación por la que denominó al *mancipium* como *relatives Eigentum*, en otras palabras, lo que se conoce como la propiedad relativa de Kaser, que posteriormente, de acuerdo a este mismo tratadista, se convirtiera en un derecho absoluto en la república tardía.

De tal forma, Kaser termina por decir que si bien en los primeros años de la civilización romana no existía un concepto de propiedad, ésta misma se podría

¹⁶ Gayo, *La instituta de Gayo. descubierta recientemente en un palimpsesto de la biblioteca capitular de verona*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, p. 86.

¹⁷ *Íbidem*, p. 87.

¹⁸ Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *La formación romana...*, cit., p. 85.

calificar como “un pleno poder jurídico privado, que permite dentro de las fronteras de la ordenación jurídica y de la autonomía privada, toda disposición jurídica y fáctica sobre la cosa. [Tratándose] de un poder real, que sólo puede adquirirse a través de diferentes modos y que está protegido frente a todos por medio de una *actio in rem*”.¹⁹

Por otra parte, debe señalarse que si bien Kaser se apoya en De Visscher para explicar al *mancipium* como un poder del *paterfamilias*, no sigue la línea de este último para diferenciar entre el *mancipium* y propiedad, sino que, como se expuso en líneas anteriores, termina refiriendo que dicho poder es lo que se entiende por propiedad en la roma arcaica, lo que hace que la postura de Kaser, más que ecléctica, sea ambigua.

Frente a la postura de De Visscher y que siguiera posteriormente Kaser, es Fuenteseca Díaz quien cuestiona la tesis del primer tratadista mencionado, dado que las fuentes no apoyan su postulación, a pesar de que fueran estas mismas fuentes por las que De Visscher no aceptara la tesis de Bonfante. Por esta razón Fuenteseca Díaz expone en su tesis que es la *mancipatio* la característica común en todas las fuentes y de ello plantea la hipótesis de que la *mancipatio* fuera inicialmente un negocio relacionado con los *servi* o *mancipia* que posteriormente se extendiera a otras cosas.

Para fundamentar tal hipótesis, Fuenteseca Díaz explica que de fuentes como: Cicerón, Varrón, Ulpiano, Gayo, y otros, se aprecia que *mancipium* se encontraba íntimamente ligado a la *mancipatio*, asimismo se desprende de las fuentes que los *servi* eran conocidos como *mancipia* y que las fórmulas que describían los juriconsultos, antes citados, para las figuras de la *mancipatio* y la *vindicatio* utilizaban como principal referente al *servus*, situación que acontecía de

¹⁹ *Íbidem*, p. 89.

igual manera cuando éstos hablaban del *dominium ex iure Quiritium*.²⁰

Por estas razones el referido autor expone que “es muy probable que la *mancipatio* haya sido el acto de compra real de los *servi*, mediante *aes rude*, con el rito de la balanza y en presencia del *libripens*.”²¹ Y que posteriormente pasara de ser un hecho real a una formalidad, pero lo más relevante es que este tratadista sugiere la equivalencia entre *mancipatio* y *mancipium*, no solo por estas cuestiones sino precisamente por referir que *mancipium* es un acto material concreto, de acuerdo a lo que menciona Gayo en el Libro I, numeral 121 de su *Instituta*, del tenor:

In eo solo praediorum Mancipatio a ceterorum Mancipatione difficit, quod personae serviles et liberae, ítem animalia, quae Mancipi sunt, nisi in presentia sint, Mancipari non possunt: adeo quidem, ut eum, (qui) Mancipio accipit, apprehendere id ipsum, quod ei Mancipio datur, necesse sit: unde etiam Mancipatio dicitur, quia manu res capitur. praedia uero absentia solent Mancipari. (La única diferencia que existe entre la mancipación de los predios y de las demás cosas es que los esclavos, las personas libres y los animales *mancipi* no pueden ser mancipados sin que estén presentes, de tal manera, que el fingido comprador ha de coger indispensablemente con la mano la cosa mancipada, pues precisamente por esta circunstancia [*quia manu res capitur*] es por lo que lleva este acto el nombre de mancipación, y por el contrario los predios suelen manciparse sin aquel requisito.)²²

Ahora bien, aunque Fuenteseca Degeneffe se adhiere a la teoría bonfantiana en cuanto estima que *el Mancipium* es un conglomerado de *res comunes* destinadas a cuestiones agrícolas, no acepta en su totalidad que *mancipium* sea propuesto

²⁰ Cfr. Fuenteseca Díaz, *op. cit.*, pp. 1330-1339.

²¹ *Íbidem*, p. 1339.

²² Gayo, *op. cit.*, pp. 45-44.

como la forma arcaica de la propiedad, además de apoyarse en la propuesta bonfantiana de la familia arcaica como unidad precívica, sumándole a su vez la concepción alemana de la familia como comunidad domestica (*Hausgemeinschaft*).

En esta tesitura, Degeneffe comienza por explicar desde un punto de vista diferente, al *mancipium*, que a pesar de llegar a la misma idea que Bonfante, armoniza las disparidades y dicotomías que no explicara este. Esto lo logra exponiendo en primer lugar que existen dos posturas etimológicas respecto a las *res Mancipi*, siendo la primera y con mayor aceptación, aquella en la que se basara De Visscher, expresando que se trata de un genitivo de *mancipium* lo que demostraría que *res Mancipii* significaría cosas del *mancipium* y por otro lado aquella en la que se basa esta tratadista y con menos aceptación, que refiere que se trata de un dativo, es decir, *res máncipi* o cosas para el *manceps*.

Como dijimos, Degeneffe se decanta por esta última vertiente etimológica ya que de acuerdo a su postura, diversas figuras, así como fuentes, le permiten señalar que el *manceps* pudo contratar a nombre de todos los *socii*, hablando de las *societates publicanorum*, cuyo antecedente de acuerdo a la teoría alemana de la comunidad doméstica, fuera el *consortium*, ya que se advierte de fuentes como Gayo²³, que los hijos *in potestate* y los *servi* podían contratara por *mancipatio* a nombre del *domus*.

Además de lo expuesto, la tratadista en comento, recalca la situación etimológica, explicando que *mancipium* bien puede entenderse a su vez del término *mancupium*, apoyándose de la teoría de Beseler, en que refiere que la primera parte de la palabra siempre actuaría como aquello sobre lo que se adquiría (*capere*) tratándose del sufijo *capium*, en su exposición Degeneffe presenta el ejemplo del *auceps* o cazador de aves que hace *aucupium*, o acopio de aves, en el caso que nos atañe se propone por ende que el *mancupium* sea el acopio de las cosas para

²³ *Apud*, Libro III, 167, Gayo, *op. cit.*, p.225.

el *mancipium*. Cabe señalar que esta teoría de Beseler también fuera analizada por Kaser, pero a su criterio no justificaba cabalmente al término en cuestión²⁴

De tal forma, de acuerdo a Degeneffe se entendería el cómo *mancipio dare* se convierte en *mancipare* y en como este junto con *mancipio accipere* sean el dativo de dar y recibir para el *mancipium*, respectivamente, y en ablativo serían *in mancipio*.

Sumado a la teoría de Berseler, Degeneffe señala que al igual que *municipium* es la comunidad de *munícipes*, los *mancipes* hacían el *mancipium*, en sus palabras:

Si la comunidad de *munícipes*, que asumía los *munia publica* (del *populus municipal*), tenía un patrimonio en comunidad (*res comunes*), cabe pensar que la comunidad de los agnados, que adquirirían para el grupo familiar mediante un acto mancipatorio (*mancipio accipere*), adquiriría así un patrimonio (*mancipium*) comunitario de *res mancipi*, que serían bienes familiares de uso común registrados en el *census*.²⁵

Bajo estas premisas concluye Fuenteseca Degeneffe que:

Mancipium sería el colectivo común constituido por las *res comunes mancipium* que sería el patrimonio común de todo lo adquirido *in mancipio* por la comunidad familiar agnaticia mediante los hijos y esclavos *in potestate patris*. Estos sujetos actuarían en función de *mancipes* que asumían la garantía pública de las adquisiciones de las *res comunes mancipium e ius mancipii*.²⁶

²⁴ Cfr., Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *La formación romana...*, cit. p. 135.

²⁵ *Íbidem*, pp. 136-137

²⁶ *Íbidem*, p.135.

Además subraya la tratadista antes citada que no deberá confundirse esta noción de *mancipium* con la que las fuentes de la república como Tácito, Festus y Cicerón dan en sus fuentes, puesto que en esta época, la palabra en comento, pasa a tener el significado de propiedad, de *servorum loco*, del acto adquisitivo o de poder adquirido²⁷, tal y como lo interpreta la romanística actual o al menos aquella que se basa en el derecho romano justineano, como lo hace Petit²⁸ por citar alguno.

Ahora bien, bajo la tesis de Fuenteseca Degeneffe respecto al *mancipium*, es que podemos a su vez entender que:

Res Mancipi serían por tanto cosas de uso común a disposición de cada uno de los *mancipes* o *filiifamilias* capaces de hacer un *mancipium* o adquisición como miembros de una unidad militar, originariamente quizá la curia. Así se constituían en miembros cualificados del grupo debido a su actividad militar y también sin duda, por su actividad económica agrícola.²⁹

IV. LA MANCIPATIO

Como vimos en el título anterior, un elemento indispensable para conocer la diferencia de *res Mancipi* (*mancipii*) y *nec Mancipi* de acuerdo a Gayo y que sostiene Fuenteseca Degeneffe, es conocer si se necesitaba o no realizar *mancipatio* o *in iure cessio* para transmitir la propiedad quiritaria de un bien. En este punto resulta interesante señalar lo que refiere Amunátegui Perelló sobre la figura en cuestión.

Se expone que la *mancipatio* es una figura muy antigua, más allá de la

²⁷ Cfr., *Íbidem*, 137-141.

²⁸ *Vid.*, Petit, Eugene, *op. cit.*, pp. 123-124.

²⁹ Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *La formación romana...*, *cit.*, p. 27.

descripción que hace Gayo en sus *Institutas*, en su libro I, numeral 119, del tenor:

*Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus imaginaria venditio: quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est. eaque res ita agitur, adhibitis non minus quam quinque testibus, eluibus Romanis puberibus, et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens: is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO, ISQUE MIHI EMPTUS EST HOC AERE AENEAQUE LIBRA: deinde aere percutit libram, idque aes date i, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco. (La mancipación como hemos dicho antes, es cierta especie de venta ficticia, y uno de los derechos propios y exclusivos de los ciudadanos romanos. Se practica ante cinco testigos por lo menos, ciudadanos romanos púberes, y además ante otra persona de la misma condición llamada el libripende (*libripens*), que tenga el peso del metal. La persona que recibe en mancipio, teniendo y mostrando la cosa que va a ser mancipada, dice: AFIRMO QUE ESTE HOMBRE ME PERTENECE POR DERECHO QUIRITARIO, Y QUE LO HE COMPRADO CON ESTA MONEDA Y ESTA BALANZA DE METAL. Toca en seguida la balanza con la moneda y entrega esta al vendedor como si fuera el precio del objeto comprado.)³⁰*

De acuerdo a Amunátegui Perelló; son, Mommsen; Leifer y Sargenti quienes estiman que la *mancipatio* se trató en sus orígenes, anterior a la descripción de Gayo, como un acto unilateral que dependía únicamente de la aprehensión del objeto presente durante el ritual, ya que al ser de orígenes arcaicos, no existía una sociedad con economía monetaria, esta misma teoría, refiere que con el pasar de los años se utilizó esta figura para diferentes negocios hasta que llegara a ser utilizado en la compraventa real; sin embargo en su origen se considera como un

³⁰ Gayo, *op. cit.*, pp. 44-45.

mecanismo para hacerse de un poder.³¹

Sobre esta misma cuestión explica Brezzo, que son Puchta, Ihering y Gimmerthal quienes dan una prevalencia, de igual forma, al elemento unilateral del *manu capere*, al igual que los autores previamente mencionados.

Puchta señalaba que la *mancipatio* era una forma especial de transferencia que utilizaba el Estado para repartir el botín de guerra, donde los testigos representaban la autoridad popular y que posteriormente dicha figura se trasladó al derecho privado donde el comprador que tomaba la cosa, imitaba la forma original de dicha figura, por tratarse de *res Mancipi*, por lo que la *mancipatio* fue una ampliación de los modos de adquirir las cosas, además de la *in iure cesio*.³²

Por su parte Ihering, sostuvo que si bien se le conoce a la *mancipatio* como un contrato de compra venta realizado por ambas partes, esta no era su forma original ya que no data del momento en que el metal era un medio de pago, incluso tan antigua que precedió al intercambio o trueque mismo.³³ Explicando por el contrario que “en la *mancipatio* así como en la *in iure cesio*, el nuevo adquirente no hacía que pasase a él el derecho del propietario anterior, sino que tomaba la cosa para sí, porque el último posesor lo sufría y se retiraba”.³⁴

Por ello concluye que la aprehensión y la parte de la fórmula correspondiente que conocemos por Gayo es el origen de la *mancipatio*, ya que el pago y la parte

³¹ Cfr., Amunátegui Perelló, Carlos Felipe, "Origen y función de la 'mancipatio'", Revista de estudios históricos-jurídicos, Valparaíso, Chile, núm. 33, 2011, p. 49.

³² Cfr., Brezzo, Camillo, *La Mancipatio*, Roma, L'erma di Bretschneider, 1972, pp. 33-35.

³³ Cfr., *Ibidem*, pp. 35-36.

³⁴ Ihering, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, D.F., Oxford University Press, 2001, t.III, p.559.

de la formula correspondiente a este, es decir el *per aes et libram*, fueron un agregado posterior.³⁵ Puesto que para Ihering “todos los actos formales del *jus civile* propiamente dichos eran rigurosamente unilaterales, y no existía ni un solo caso en el que los dos contratantes quedasen recíprocamente obligados. [...] En suma, el principio unilateral es uno de los fundamentales del derecho antiguo.”³⁶

Por su parte, Elena I. Highton, sostiene que la *mancipatio* fue la forma más antigua de adquirir, y que esta solo era practicable sobre bienes muebles, puesto que en un principio solo se podía tener dominio sobre cosas muebles (*pecunia*)³⁷

Bonfante señala puntualmente que *mancipatio* no proviene *manu capere* sino más bien de *mancipium*, descartando con esto la teoría que sostiene Highton en el párrafo que antecede, donde sugiere que en un inicio la *mancipatio* solo aplicaba para cosas muebles.³⁸

Ahora bien otra corriente, representada por Huschke, Danz, Karlowa y Bekker, defendía la bilateralidad de la *mancipatio* basado en el acto del *per aes et libram*.

Por ejemplo Huschke señalaba que la *iusta causa* se representaba con el hecho de comprar con dinero romano o monedas de cobre pesadas, donde el pago del precio no solo es un cumplimiento del contrato sino la base de la obligación del vendedor en cuanto a los defectos de la cosa y la evicción de la misma. De tal forma explica Huschke que en un inicio la *mancipatio* podía ser una compra, más no un contrato consensual, y posteriormente se convirtió en una *imaginaria emptio* donde

³⁵ *Íbidem*, p.632.

³⁶ *Íbidem*, p. 637.

³⁷ *Cfr.*, Highton de Nolasco, Elena Inés, *Dominio y usucapión (primera parte)*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, t. I, pp. 9-10.

³⁸ *Cfr.*, Bonfante, Pietro, *op. cit.*, p. 277.

el pago con dinero romano hacia nacer la obligación, porque de ser recibida la cosa en virtud de una dote, donación u otra circunstancia, habría que hacer una estipulación para sustituir la obligación que nacía de la *mancipatio*.³⁹

Por su parte Bekker, basándose en Karlowa y en Huschke, refiere que el ritual de la balanza y los testigos era para darle el carácter de dinero romano al metal y con ello dar a la *mancipatio* un carácter *civile* y de garantía pública; sin embargo, su teoría no explica su limitación a las *res mancipi*.⁴⁰

Una corriente más defendía la bilateralidad de la *mancipatio* basada en el carácter sinalagmático del negocio en cuestión. Fue liderada por autores como Keller, Leist, Bechmann y Voigt, principalmente.

Leist posicionó a la *mancipatio* desde su carácter primitivo hasta el clásico, como una *imaginaria venditio* que perfeccionaba al contrato, por lo que se trataba de un acto formal, a pesar de ser aparentemente un acto material. Explicación que compartía Keller al referir el simbolismo de la figura en cuestión, puesto que las cuestiones personales de la venta se desprendían paulatinamente del aspecto real que conservaba la *mancipatio* como modo de transferencia de propiedad.⁴¹

Bechmann por su cuenta refirió a diferencia de Leist que la primitiva *mancipatio* no se trataba de una *imaginaria venditio*, sino que era una venta civil, donde los testigos no representan la formalización de la adquisición, ni de presentar el precio al nivel de dinero romano, como lo refería Huschke, sino que los testigos verificaban el precio pagado para el caso de utilizar la *auctoritas* y pagar el doble del precio, esto último es lo que, a decir de Bechmann, da el carácter sinalagmático

³⁹ Cfr., Brezzo, Camillo, *op. cit.*, pp. 37-41.

⁴⁰ Cfr., *Íbidem*, pp. 45-47.

⁴¹ Cfr., *Íbidem*, pp. 41-45 y 59.

a la *mancipatio*.⁴²

Por su parte Voigt defendía la característica sinalagmática de la *mancipatio*, arguyendo que se trataba de un intercambio entre un derecho que se transfería y dinero, basado en la *nuncupatio*.⁴³

Una última corriente que utiliza varios elementos de las últimas tres teorías opta por negar que la *mancipatio* fuera inicialmente un acto de aprehensión para hacerse de un poder, sino que más bien reconoce que surge en una sociedad cuya economía, si bien no está monetizada, si está metalizada, de tal forma se advierte que el cobre se utilizaba para la compra de artículos de lujo o de gran importancia, en lugar de un simple trueque, por ello al ser las *res Mancipi* de vital importancia en un economía preponderantemente agrícola, es que se necesitaba de un medio de intercambio solemne, donde debía señalarse la pertenencia del objeto a entregar y la causa de su adquisición para dar certeza al objeto que se transmitía.⁴⁴

Ahora bien de acuerdo a Amunátegui Perelló, la *mancipatio* debió haberse creado anterior a la monarquía etrusca y para ser precisos anterior al reinado de Servio Tulio, pues fue durante su gestión en la que se instauró el *aes signatum* tratándose este de una medida de metal con un peso preestablecido, por lo que para este entonces ya no sería necesaria la balanza y el *libripens* al que alude Gayo en el ritual.⁴⁵

V. EL IUS QUIRITIUM

Una vez expuesta la teoría de Fuenteseca Degeneffe sobre el *mancipium*, a

⁴² Cfr., *Íbidem*, pp. 47-55.

⁴³ Cfr., *Íbidem*, pp. 55-59.

⁴⁴ Cfr., Amunátegui Perelló, Carlos Felipe, "Origen y función...", *cit.*, pp. 50-51.

⁴⁵ Cfr., *Íbidem*, p. 58.

cuya línea de investigación nos adherimos por tener no solo uno, sino varios puntos de apoyo sustentados e hipótesis fundamentadas, es importante recapitular que en la era primitiva de Roma, o bien se podría decir de la primera etapa del Derecho romano privado que expusimos a inicios de este capítulo, no existía un término de propiedad,⁴⁶ sino por el contrario simplemente se trataba de un poder relativo que se defendía ante otras personas por la vía legal correspondiente, este poder era precisamente la invocación de la obtención de la cosa *ex iure Quiritium*, lo que significaba que sobre la cosa se tenía *dominium ex iure Quiritium*.

Al respecto surgen dos posturas; una que versa sobre el *ius Quiritium* como un tipo de sistema jurídico, y otra que ve a aquel como la forma en que una persona era titular de tierras ganadas en conquistas.

En esta tesitura, podemos encontrar que Gutiérrez y Alviz lo describe como: “Derecho quiritaro o genuinamente romano; se califica así al *ius civile* de los primeros siglos del derecho romano”.⁴⁷ Y es esta teoría la que predomina en la romanística actual, ya que basado en el hecho del *quirite* como el soldado de lanza, se dice que era el primigenio sistema jurídico hecho por ellos y que se tradujo en las *mores maiores* o costumbres de los ancestros, diciéndose incluso que era el nombre del derecho que los etruscos obedecían debido a su divinidad Quirino.

Por otro lado y sin exponer alternativa alguna a la explicación del *ius Quiritium*, Petit⁴⁸ señala que es un error derivar *quirites* del término *quiris* que significa lanza sabina, o de *Curis*, que de acuerdo a este autor fuera diosa de los Sabinos, y por el contrario apunta que el *quirite* como ciudadano romano que componía la *curia* deviene del término *coviria* que significa reunión de hombres, o también escrito *comviria* como lo refiere Ihering, arguyendo este último que en este

⁴⁶ Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, pp. 25-26.

⁴⁷ Gutiérrez y Alviz, *op. cit.*, p. 340.

⁴⁸ Petit, Eugene, *op. cit.*, p. 29.

caso, *curis* significaría lo propio de la curia.⁴⁹

No obstante lo anterior, Fuenteseca Degeneffe retoma la tesis de Francesca Bozza para exponer nuevamente el *ius Quiritium*, desde la explicación del *dominium ex iure Quiritium*, parafraseando lo siguiente:

Entre las razones que se oponen a la concepción del *ius Quiritium* como un ordenamiento jurídico parece que hay dos decisivas que surgen de la propia expresión *ex iure Quiritium*, que es para la opinión general el fundamento de la existencia de este pretendido ordenamiento. La primera es que parece muy extraña la exigencia de especificar que el propio derecho –y en el caso concreto que el señorío sobre la cosa– derive del ordenamiento jurídico ciudadano: de cuál otro podría derivar en una *civitas* en la cual existe o solamente tiene valor un único ordenamiento jurídico?[sic] Esta especificación se comprendería en contraposición a otro ordenamiento igualmente válido, como p. ej. El *ius gentium* o el *ius honorarium*, y por este motivo se explica la persistencia de la locución durante tantos siglos y la contraposición del *dominium* al *in bonis habere*; pero no se explica en una época en la que regía un sistema único y ciudadano. [Asimismo] afirma que el segundo obstáculo que se opone, a su modo de ver, a la consideración del *ius Quiritium* como un sistema jurídico, es que la locución *ex iure Quiritium* es utilizada exclusivamente para referirse al señorío sobre la cosa (incluida la *dominica potestas* sobre los *servi*); aquel señorío a fines de la república se llamó *dominium ex iure Quiritium*. En las Instituciones de Gayo, que hacen de él un amplio uso, y en otros escritos de juristas y no juristas, no se encuentra jamás referido a otros derechos, si se exceptúa un solo texto de Ulpiano, en el que se usa en lugar de la palabra *patria potestas*,

⁴⁹ Cfr., Ihering, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, D.F., Oxford University Press, 2001, t. I, pp. 85-86.

en concreto en materia de *vindicatio* de la *patria potestas*.⁵⁰

En este orden de ideas; de acuerdo a la teoría de Bozza en palabras de Degeneffe, el *ius quiritium* no era otra cosa que un modo de hacerse *dominus*, tal como lo concatena esta última tratadista, al estudiar a Festus y encontrar que la *centuria* se refiere a una medida de doscientas yugadas de tierra relacionada a la *centuria* militar, al referir: “*centuria in agris significat ducenta iugera; in re militari, centum homines*”, así como: “*Centuriatus ager in ducena iugera definitus quia Romulus centenis civibus ducen iugera tribuit*”⁵¹, es decir, que al hablar de *centuria*, se puede decir por una parte que se habla de una medida de tierra, mientras que por otra parte, en el ámbito militar, significa cien hombres. Siendo además Rómulo, el fundador de Roma, quien hiciera una repartición primigenia de las tierras, dando dos yugadas a cada uno de esos cien hombres que representaban unidades familiares a su vez.

Al respecto, no hay que perder de vista lo que se estudiara a inicios de este capítulo, donde se refirió que fue el monarca Servio Tulio quien estableciera esta unidad militar en base al censo⁵²; sin embargo, antes de dar por sentado que la teoría de Bozza, en la que se apoya Fuenteseca Degeneffe, es anacrónica, es pertinente analizar la teoría que presenta Amunátegui Perelló, puesto que es este autor quien nos ayuda a armonizar el punto de vista de las tratadistas citadas junto con el de la cronología presentada en el primer título de este capítulo.

Así las cosas, expone Amunátegui Perelló que existen otras fuentes en donde puede apreciarse al igual que en Festus, la repartición de tierra a razón de dos yugadas por cabeza, hecha por Rómulo, tal es el caso de Varrón y Siculus

⁵⁰ Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *La formación romana...*, *cit.*, p.24.

⁵¹ *Íbidem*, p.69.

⁵² Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, pp. 16-18.

Flaccus⁵³; sin embargo, apoyado en el mismo Varrón⁵⁴ quien refiere: “*Romanus dictus unde Roma ab Romulo*”, es que Amunátegui Perello expone que Rómulo solo se trata de un epónimo para representar las costumbres de la arcaica Roma, es decir que este personaje solo es utilizado como personaje ficticio que evoca a las grandes empresas de Roma.

En este orden de ideas, se parte de la tesis de Mommsen quien expusiera precisamente la primigenia repartición de tierras hecha por Rómulo; punto que es cuestionado por Amunátegui Perelló puesto que de acuerdo a esta teoría se estaría argumentando que se parte de una repartición de propiedad privada para demostrar la necesidad de la propiedad colectiva, situación que resulta extraña a este último autor, por su parte expone que la titularidad de las tierras era colectiva en época arcaica, que fuera dividida en centurias en una edad más avanzada y para ser exactos en la época en que la monarquía estaba bajo el mando etrusco.

Lo anterior es así, bajo la hipótesis de que el término *heredium* se refiere a una forma de medición de la tierra, basado en Varrón, quien refiere que dicho término es el equivalente de la unidad de medida etrusca *acnua* y a su vez cien *acnuas* son el equivalente a una *centuria*, medida que fuera introducida en época etrusca.

Asimismo, recalca Amunátegui Perello que no todas las fuentes apuntan a Romúlo como repartidor de propiedad individual en dos yugadas por persona, sino más bien de la repartición del *ager romanus antiquus* como lo demuestra citando a Dioniso de Halicarnaso,⁵⁵ quien a su vez expone que Rómulo dividió el suelo itálico en treinta partes para cada una de las curias. Con lo cual no se intenta asegurar el

⁵³ Cfr., Amunátegui Perelló, Carlos Felipe, "Las 'gentes' y la propiedad colectiva", *Revista de estudios históricos-jurídicos*, Valparaíso, núm. 32, 2010, p. 40.

⁵⁴ *Ídem*.

⁵⁵ Cfr., *Íbidem*, p.52.

papel de Rómulo como repartidor primigenio de tierras, sino simplemente de la colectividad de tierras en la Roma arcaica.

En este orden de ideas, Amunategui señala como Varrón, Festus, Dionisio de Halicarnaso y Cicerón, entre otros, hacen referencias a Rómulo o Numa Pompilio sobre obras o términos que solo existieron hasta la época etrusca con Servio Tulio, por ello concluye que la repartición como propiedad individual de dos yugadas por cabeza de la *centuria* se refiere a parte del *ager publicus* que fuera anexado a Roma tras las conquistas de su predecesor Taquino el Viejo, lo cual concuerda con la introducción de los plebeyos en la milicia y la *centuriatio* como forma de limitación de fundos.⁵⁶

Y a pesar de que Fuenteseca no percibe en su estudio, la misma conclusión a la que llegara Amunátegui en años posteriores respecto a la repartición de tierras, esto no es óbice alguno para desestimar su conclusión basada en la hipótesis de Bozza, en la que basados en dicha repartición se colige que solo a los ciudadanos soldados se les asigna el *ager* conquistado y es debido a esto que se dice que este dominio deriva del derecho de los conquistadores⁵⁷, es decir *ex iure Quiritium*, de tal guisa queda demostrado que el *ius Quiritium* no es como la romanística moderna acepta, el derecho arcaico, sino más bien un modo de adquisición originario de dos yugadas de tierra por derecho de conquista.

Hasta este momento hemos analizado figuras e instituciones que existieron antes de la instauración de la República y que sucedieron desde la Roma arcaica hasta antes de la instauración de las XII Tablas; sin embargo, antes de dar paso al estudio de nuevas figuras nacidas durante y después de la época republicana o con el advenimiento de la ley decenviral, resulta necesario entender cómo se dividía la tierra en Roma y que limitaciones tenía cada una.

⁵⁶ Cfr., *Íbidem*, pp. 51-56.

⁵⁷ Cfr., Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *La formación romana...*, cit., p. 69.

VI. DE LA CREACIÓN DE LA PROPIEDAD INDIVIDUAL Y LAS FUNCIONES DEL AGER EN ROMA

Petit reconoce tres fases en la forma de propiedad territorial romana; siendo la primera, aquella en donde la tierra le pertenece colectivamente a las tribus y *gens* que la componen, para el desarrollo agrícola de la misma, tal y como se explicara en la teoría de Bozza en párrafos anteriores.⁵⁸

Posteriormente se habla de la repartición hecha por grupos familiares de transmisión agnaticia, y por último lo que este autor denomina como propiedad individual, hablando de la pertenencia de tierra por ciudadano, lo cual ocurriera de por diversos factores sociales entre ellos la utilización de la *actio familiae erciscundae* y del reconocimiento del parentesco por *cognatio*.⁵⁹

Por otra parte la tierra se dividía en *ager romanus* y *ager publicus*, la primera era aquella donde existían los fundo urbanos y rústicos del ciudadano romano, mientras que las segundas se referían más bien a aquellos predios anexados al territorio romano por las conquistas.

Sobre el *ager publicus* se decidió utilizar una parte para acrecentar el *ager privatus*, tal fue el ejemplo de las *ager viritanus*, otorgadas a título gratuito en la época monárquica; asimismo, en la época republicana los *agrii quaestorii*, que fueran tierras vendidas por los cuestores; y los *agrii assignati*, siendo estas tierras concedidas a veteranos.⁶⁰

Del *ager publicus* que no fue repartido se utilizaba para cultivarlas por los ciudadanos a cambio de una cuota o *stipendium*, además de que la propiedad la

⁵⁸ Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, p. 42.

⁵⁹ *Apud*, Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *La formación romana...*, *cit.*, pp. 52-65.

⁶⁰ *Cfr.*, Gutierrez y Alviz, Faustino, *op. cit.*, pp. 56-58.

conservaba el Estado, recibiendo el nombre de *agrii occupatorii*, cuyas características eran que solo se disfrutaba la posesión y usufructo de ellas, de acuerdo con Gayo⁶¹, asimismo, estos derechos eran hereditarios o bien podían transmitirse por simple tradición, con la excepción de no poder usucapirse; sin embargo, al no poder alegar la usucapión en caso de ser desposeído del fundo, se podía ejercer una acción especial, llamada *praescriptio longis temporis*,⁶²sobre la cual hablaremos más adelante.

VII. LA PROPIEDAD BONITARIA Y LA *ACTIO PUBLICIANA*

No existe fecha cierta, ni aproximada de cuando surge la división del dominio; sin embargo, se sabe de dicha división, gracias a Gayo, donde refiere: “...set postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere” (pero posteriormente se estableció la división del dominio, de manera que unos pueden ser dueños por el derecho quirritario y otros por el bonitario)⁶³

De cualquier forma se dice que la propiedad bonitaria o *in bonis habere*, surgía cuando una *res Mancipi* no se transmitía bajo las formas del *ius civile*, ante esta desventaja, la magistratura del pretor hizo que poco a poco se le concedieran mayores ventajas a este tipo de propietarios *in bonis*, para evitar que dichos individuos sufrieran abusos al no poder defender su patrimonio por no contar con la calidad de ser propietario por el *ius civile*. Una de aquellas ventajas se hizo consistir en una excepción que se oponía contra quien conservaba el *nudum ius quiritium* cuando abusando de conservar dicho título interponía la *reivindicatio*; dicha excepción se denominó *exceptio rei venditae et traditae*.

⁶¹ Cfr., Gayo, *op. cit.* pp.82-85.

⁶² Cfr., Petit, Eugène, *op. cit.* p. 236.

⁶³ Gayo, *op. cit.*, p. 90-91.

Aunado a dicha excepción, se creó una nueva figura contra quien desposeyera al propietario bonitario de la cosa, sin que necesitara ser propietario quiritario para interponerla. Se le denominó *Actio Publiciana*, y fue una fórmula procesal del *ius honorarium*, creada por el *praetor* Quintus Publicius, aproximadamente en el año 67 a.C. Se trataba de una ficción en la que se simulaba tener por cumplido el plazo para usucapir, únicamente en el supuesto de reunir los demás requisitos para usucapir, por lo cual podría ser considerado ficticiamente como *dominus ex iure quiritium* al *emptor* e interponer la acción reivindicatoria en caso de desposesión del bien, puesto que esta última solo estaba permitida a los *dominus*, la cual no podía ejercerse en tanto no se hubiera completado el tiempo estipulado para la usucapión (dos años en fundos romanos y rústicos y 1 año para las demás cosas).

De acuerdo con Fuenteseca Degeneffe, esta fórmula ficticia introdujo el concepto de *possessio* que sustituyó a la expresión *usus* de las XII Tablas⁶⁴ en la fórmula: *usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum omnium annus est usus*, misma que analizaremos en el capítulo final de esta investigación.

VIII. EL EDICTO DE CARACALLA

Caracalla es el mote que recibió el emperador Cesar Marco Aurelio Severo Antonino Pío Augusto, cuyo nombre real fuera Lucio Septimio Basiano, de la dinastía de los Severos, fue debido a una capa de color rojo y bordeados plateados que vestía, como lo hacían los germanos.⁶⁵

Bajo el mandato de dicho emperador a partir del año 211 de nuestra era, se creó la *Constitutio Antoniniana de civitate*, aproximadamente en 212 d.C.; al respecto, recordemos como se vio en el primer título del presente capítulo, que las

⁶⁴ Cfr., Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *La formación romana...*, cit, pp. 153 y 186.

⁶⁵ Cfr., Andrades Rivas, Eduardo, "La ciudadanía romana bajo los Severos", Revista de estudios históricos-jurídicos, Valparaíso, Chile, núm. 31, 2009, p. 97.

constituciones eran las leyes emitidas por los emperadores.⁶⁶ En esta tesitura, es que dicha constitución fue dictada a efecto de conceder a todas las personas libres del territorio romano, la ciudadanía romana, con ciertas excepciones, las cuales no se estudian por no representar una variable significativa en el presente estudio.

Dicha constitución es un referente indispensable para demostrar más adelante en nuestra investigación la ineficacia de la conservación de algunas figuras del Derecho romano, y sobre todo de la *usucapio*, sobre la que daremos un panorama general a continuación.

IX. LA *USUCAPIO*

La *usucapio* es una figura jurídica que sobrevivió hasta donde se sabe, toda la historia de Roma, por lo que su estudio debe analizarse en todas y cada una de sus etapas; sin embargo, al ser esta figura el punto medular de nuestro análisis; hipótesis y propuesta, se decidió exponer en el último capítulo de este trabajo las dificultades advertidas e inadvertidas que afrontó su desarrollo en contraste con el contexto social y jurídico romano de cada una de sus etapas.

Por lo anterior, en este capítulo se ha decidido mostrar únicamente las generalidades y requisitos de esta figura, en dos de sus principales etapas, así como la *praescriptio longis temporis*. Generalidades que la doctrina romanística moderna enseña de forma descontextualizada en la mayoría de las escuelas de Derecho y sobre las que se equipara a la usucapión, prescripción adquisitiva o prescripción positiva de nuestros tiempos.

1. *La usucapio del Derecho clásico romano*

De acuerdo a la romanística moderna existían dos supuestos de aplicación

⁶⁶ Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, pp. 24-25.

de la figura en cuestión, siendo el primero, aquel en el que se intentaba adquirir el *dominium ex iure quiritium* de una cosa *mancipi* cuando solo detentaba la cosa *in bonis*, es decir, se tenía la propiedad bonitaria, lo cual relata Gayo en el libro II de sus Institutas, numerales 41 y 42.⁶⁷

El segundo de estos supuestos se configuraba cuando el *accipiens* adquirirá de buena fe de alguien que no era el dueño de la cosa o tenía la facultad para enajenarla, en donde configurándose los requisitos de la *usucapio* se le consideraba dueño de dicho fundo, tal y como lo explica Gayo en su numeral 43, libro II,⁶⁸ de su referida obra.

Las cosas que podían usucapirse tenían ciertas restricciones, tales como:

*Cosas *divini iuris*.

*Cosas públicas.

*El hombre libre.

*Fundos provinciales.

*Cosas robadas o *res furtivae*.

*Muebles e inmuebles ocupados con violencia o *res vi possessae*.

**Res Mancipi* pertenecientes a una mujer en tutela de sus agnados, sin la *auctoritas* de su tutor.

*Los *praedia rustica vel suburbana* de pupilos y menores de 25 años.⁶⁹

En cuanto a los requisitos que debían reunirse para usucapir una cosa, eran inicialmente 3, a saber: la justa causa, la buena fe y la posesión durante cierto tiempo.

⁶⁷ *Apud, Gayo, op. cit.*, pp. 90-93

⁶⁸ *Apud, Ídem.*

⁶⁹ *Cfr., Petit, Eugène, op. cit.*, p. 266-267.

Del primero de los requisitos fue conocida como *iusta causa possidendi* "...que tenía el que adquiriría *a domino* y el *possessor* de buena fe, adquiriente por *traditio*, que no fuese adquiriente a título oneroso".⁷⁰ Cabe señalar que sobre este segundo sujeto, hablaremos en el capítulo IV del presente trabajo.

En cuanto al segundo elemento para usucapir, se presume que existe la buena fe o *bona fides* del poseedor "...cuando cree haber recibido tradición del verdadero propietario, o al menos de una persona que tenga el poder y la capacidad de enajenar"⁷¹

Por último y en cuanto hace a la posesión, ésta debía ser por el tiempo que establecían las XII Tablas, del tenor: *usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum omnium annus est usus*, es decir, que para los fundos deberían transcurrir dos años, mientras que para las demás cosas solo un año.

2. La *preaescriptio longi temporis*

Si bien se desconoce el origen de dicha figura, solo se han encontrado menciones de la misma en escritos de finales del siglo II d.C.;⁷² sin embargo, se le ubica en el Derecho imperial prejustiniano⁷³.

Ahora bien, recordemos que la *usucapio* no era aplicable sobre fundos provinciales y que éstos solo se transmitían por *traditio*.⁷⁴ En esta tesitura, si un

⁷⁰ Fuenteseca Degeneffe, Margarita, "La exclusión del comprador *a non domino* de la *usucapio*", *Revista internacional de Derecho romano*, España, núm. 15, 2015, p.32.

⁷¹ Eugène, Petit, *op. cit.*, p. 269.

⁷² *Cfr.*, *Ídem*.

⁷³ *Cfr.*, Gutierrez y Alviz, Faustino, *op. cit.*, p. 552.

⁷⁴ Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, p. 46.

individuo adquiriría un fundo provincial *a non domino* no podía ejercer la *actio Publiciana*, puesto que ésta era una ficción de la *usucapio*, y dado que no podían usucapirse dichos bienes, se encontraba desprotegido.

Ante esta situación surge la figura de la *praescriptio longi temporis* como una excepción, que debería usar el poseedor de buena fe cuando el dueño real interpusiera la *reivindicatio*, actuando con los mismos efectos que la acción publiciana, no en cuanto a fingir transcurrido el tiempo para que operase la *usucapio* sino para que este argumentara que el derecho del verdadero dueño había prescrito, por ellos los plazos eran mayores, de 10 años entre presentes y 20 años entre ausentes.⁷⁵

3. La *usucapio* en la época justiniana

Justiniano fue Emperador del Imperio Romano de Oriente del 527 al 565,⁷⁶ ya que habrá que recordar, como se estableció a principios de este capítulo, que tras diversos conflictos civiles se establece el poder en Constantinopla, lo que ocasionara la división del mandato en Occidente y Oriente.⁷⁷

Bajo su mandato, diversas figuras jurídicas de la etapa arcaica y clásica, sufrieron modificaciones o incluso se extinguieron, sin perder de vista que los fundos provinciales ya habían tomado una mayor preponderancia, desde el reinado de Diocleciano a partir del 258, responsable de la división del Imperio Romano en Oriente y Occidente, según explica Bonfante de la siguiente forma:

...habiendo desaparecido, con el privilegio de la inmunidad (en la época diocleciana) todo motivo de preponderancia de los fundos itálicos sobre

⁷⁵ Cfr., Eugène, Petit, *op. cit.*, p. 273.

⁷⁶ Cfr., Huber Olea, Francisco José, *op. cit.* p. 324.

⁷⁷ Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, pp. 24.

los provinciales, que por otra parte era absurdo considerarlos como cosas de menor valor, ya que el Derecho romano se desarrolló en territorio provincial, la distinción no solamente cayó en desuso, sino que se hizo cada vez más incomprensible.⁷⁸

División, que terminó por fundirse en el Código Justiniano, específicamente en el numeral 31 del libro séptimo: *De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum Mancipi et nec Mancipi* (De la transformación de la usucapición y de la supresión de la diferencia entre las cosas <<Mancipi>> y <<nec Mancipi>>), donde explica cómo queda erradicada la diferencia entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* por haber desconocido el *ius Quiritium* en el numeral 25 del mismo libro: *De nudo iure Quiritium tollendo* (De la abolición del nudo derecho de Quirites).

Por lo anterior no existía distinción entre fundos itálicos y provinciales hablando de su propiedad, y por tanto cesa la diferencia entre propiedad bonitaria y Quiritaria, es por ello que Justiniano terminó fusionando la figura de la *usucapio* con los tiempos de la *proscriptio longi temporis*.⁷⁹

De esta manera los nuevos tiempos para usucapir corresponden a 10 años entre presentes y 20 entre ausentes para los inmuebles y el de 3 años para los muebles, además de implementar la *proscriptio longissimi temporis* como derecho a usucapir de buena fe aún sin *iusta causa* por el término de 30 años poseyendo, basada en la *praescriptio triginta annorum* de Teodosio II, que era aplicada en la prescripción extintiva de las acciones.⁸⁰

Tal y como lo resumiera Bonfante, al explicar que “con Diocleciano (año 292 después de Jesucristo) cesa la inmunidad de los fundos itálicos, y al desaparecer la

⁷⁸ Bonfante, Pietro, *op. cit.*, p.248.

⁷⁹ Cfr., Petit, Eugène, *op. cit.* p. 274.

⁸⁰ Cfr., *Íbidem*, pp. 275-276.

mancipatio y la in iure cesio, la distinción entre propiedad quiritaria y posesión provincial ya no tiene significado; Justiniano la suprimió formalmente, anulando también las últimas diferencias y controversias en orden a la usucapión al fundo dotal, etc."⁸¹

X. LA FORMACIÓN DEL DERECHO ALEMÁN A TRAVÉS DEL DERECHO ROMANO

Para comprender el panorama jurídico alemán respecto al formalismo, parece menester hacer una remembranza del impacto que tuvo el Derecho Romano en dicha nación.

Señala Fuenteseca Díaz⁸² que hasta antes del siglo XVI, Alemania se constituyó como continuador del Derecho Romano común (*ius commune*) creándose con ello el Sacro Imperio Romano Germánico, dado que no existía una escuela de juristas germánicos que hicieran frente a la influencia del Derecho Romano, cuestión que cambia posterior al Siglo XVI, donde comienza a surgir la doctrina jurídica germánica, que pugna por la exclusión total del Derecho Romano de Alemania por ser un derecho extranjero impuesto, lo que provocó constantes pugnas entre romanistas y germanistas que culminaron con la erradicación de la enseñanza de Derecho Romano en las escuelas en la época nazi.

Fue hasta la fundación de la Escuela Histórica que fue ampliamente representada por Savigny, que el Derecho Romano comienza a introducirse en el Derecho germánico que no tenía la evolución que presentaba el romano, labor que se vio concretada con el Derecho de Pandectas que se constreñía al estudio del *Pandectas* de Justiniano.

⁸¹ Bonfante, Pietro, *op cit.*, p. 252.

⁸² Cfr., Fuenteseca Diaz, Pablo, *op. cit.*, pp. 394-396.

Dicho Derecho de Pandectas se conformó con las interpretaciones a las figuras jurídicas más abstractas encontradas en el *Digesto*,⁸³ fundándose con ello, posterior a la Escuela Histórica, la Escuela Pandectística, lo anterior resalta que la influencia definitiva del Derecho Romano en Alemania se refiere prácticamente al modelo jurídico que imperó en la parte final de la civilización romana.

XI LA INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO EN EL DERECHO FRANCÉS

Parece necesario referir como impactó en Francia el Derecho Romano y su estudio, que se basa principalmente en lo que se denomina Derecho Romano vulgar, dado que Francia se ve ampliamente influenciado por las *interpretationes* que hace Paulo en la *Lex Romana Wisigothorum*, que regularon el Imperio Romano de Occidente.

No obstante lo anterior, ya en el siglo XI la recepción del Derecho Romano en Francia no fue uniforme en todo el territorio, sino que habría sido en distintas formas, tanto en el norte como en el sur de dicho país.

Por cuanto hace al sur de Francia; permeó el Derecho justiniano; es decir, las últimas compilaciones escritas antes de la caída de Roma, lo anterior debido a la cercanía geográfica que existía con Italia y las relaciones comerciales que abundaban en dicha zona, donde únicamente se crearon las *Exceptiones Petri*, que compilaba preceptos de uso práctico⁸⁴

Por el contrario, en la zona norte de Francia, dominaba el Derecho consuetudinario por la influencia germánica que de igual forma correspondía a la cercanía geográfica entre ambos países, de esta manera esta parte de Francia se reguló por costumbres tanto germánicas como francas, hasta que Carlos VII

⁸³ Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, p. 25.

⁸⁴ *Íbidem*, p. 391.

promulgo unas Ordenanzas por las que obligó redactar todas las costumbres locales de las diversas regiones, por lo que una vez reguladas dichas costumbres, en caso de existir lagunas jurídicas, estas debían ser resueltas por la complementariedad del Derecho Romano, o con las costumbres de los territorios vecinos; sin embargo, refiere Fuenteseca Díaz que no se tiene claro de qué manera se relacionaban el Derecho Romano y las costumbres francas, pero de cualquier forma la construcción del Derecho francés se formó con base a la costumbre hasta la promulgación del Código napoleónico.⁸⁵

Asimismo, es relevante mencionar que los principales constructores del Derecho francés fueron los juristas Domat y Pothier quienes le otorgaron al Código napoleónico, de 1804, una visión romanista la cual ya no sirvió de complemento a las lagunas de la costumbre franca, sino como base para la construcción de dichas costumbres. En ese sentido, no habrá que soslayar que este Código representó un modelo para el Derecho de diferentes naciones, entre ellas la española con la que se relaciona y de la que toma varias ideas el derecho mexicano, cuyo análisis se desarrollara en párrafos posteriores.

⁸⁵ *Íbidem*, p. 392.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD FRENTE A SU EFICIENCIA ECONÓMICA EN EL CONTEXTO NEOLIBERAL DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

I. EL NEOLIBERALISMO Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

La forma en que la protección de la propiedad privada se desarrolló, generó las principales teorías sobre la propiedad misma, por ello para entender mejor las teorías de la propiedad como derecho natural y de la función social de esta misma, resulta necesario adentrarnos en su contexto y en la historia de la propiedad.

De tal guisa, para vislumbrar la importancia de la protección a los derechos de propiedad habría que remontarse a la época medieval donde por una parte el feudalismo no permitía vislumbrar más que la propiedad en sentido general por mera posesión protegida por fuerza, costumbre, herencia o uso prolongado,⁸⁶ puesto que la propiedad para que sea considerada como privada, debe no solo ser autorizada sino también protegida por la ley.

Por otra parte, el declive de la monarquía medieval debido al empobrecimiento de la corona por costosas empresas militares y estilos de vida exuberantes le hizo depender cada vez más de los incrementos a los ingresos tributarios de sus súbditos, quienes a cambio solicitaban mayores libertades y reformas. Situación anterior que dio origen a la evolución paulatina del Parlamento, iniciando como simples reuniones donde se convocaban a los terratenientes arrendatarios que designaba el rey, hasta su punto de máxima evolución en el siglo

⁸⁶ Cfr., Pipes, Richard, *Propiedad y libertad. dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, trad. de Josefina de Diego, D.F., Turner, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 135.

XIII en Inglaterra, cuando la propiedad ya se encontraba individualizada incluso entre la servidumbre que se convirtieron a su vez en hombres libres, lo cual les dio voz en dichas reuniones.⁸⁷

Estas reuniones fueron restando cada vez más poder a la corona quien buscaba financiamiento, mientras que el Parlamento buscaba prerrogativas a través de normas jurídicas, las cuales tendían en su mayoría a dotar a la propiedad de procedimientos legales para su protección. Argumentos que conllevaron a la creación de la monarquía constitucional y parlamentaria. Por lo anterior podría decirse que “los parlamentos fueron una consecuencia del feudalismo. Surgieron de las reuniones de los vasallos cuya obligación era aconsejar y ayudar a sus señores: los señores feudales más importantes se consideraban, a su vez, vasallos de los reyes y de los príncipes”.⁸⁸

1. *La propiedad como derecho natural*

A partir del momento en que la propiedad fuera sinónimo de libertad, se comenzó a protegerla no solo jurídicamente sino a justificarla teóricamente, sobre todo con la creación del Estado moderno y en algunos casos, de la abolición de la monarquía. Este ánimo de justificación dio origen a que diversos filósofos se cuestionaran sobre el derecho de propiedad y lo entendieran como un derecho natural.

El principal exponente de esta teoría fue John Locke, quien defendió la concepción de la propiedad como un derecho civil individual; sin embargo, no debemos soslayar que en dicha época, Locke utilizaba la palabra propiedad para referirse al derecho natural a la vida, los bienes y derechos civiles y políticos que el

⁸⁷ Cfr., *Íbidem*, pp. 165-176.

⁸⁸ *Íbidem*, p.203.

Estado debe cuidar bajo el término de propiedad.⁸⁹

Asimismo, señalaba que el objetivo de la creación del Estado civil, era para garantizar la protección de este derecho natural amplio de la propiedad⁹⁰, acotando a su vez que el origen de la propiedad material radica en el trabajo, es decir, que la propiedad surgía cuando un individuo trabajaba cosas sin dueño, refiriendo que somos dueños de todo lo que producimos o de todo aquello que hayamos transformado con nuestro trabajo y añadido por ende algo nuestro.⁹¹

Kant siguiendo los pasos de Locke y haciendo una crítica constructiva del contrato social de Hobbes, señala que el Estado civil que propone Locke garantiza la justicia distributiva de la propiedad, en cuanto defiende la Ley o constitución, ya que este contrato civil es el que otorga justicia distributiva al garantizar la propiedad, más no así a determinarla.⁹²

Kant señala que es el Derecho privado el que da vida al Derecho público, ya que el Estado civil nace como producto del contrato social que se encargará de defender con la Ley nacida del contrato civil o de la razón, la cual otorgara la justicia distributiva antes referida respecto a la propiedad.⁹³ Siendo por ende la diferencia más marcada entre Locke y Kant que la legitimación del derecho de propiedad es el trabajo en Locke y la ocupación originaria en Kant.⁹⁴

⁸⁹ Cfr., Cuartas Henao, María Dolly, "El derecho a la propiedad: Locke y Kant, entre el trabajo y la ocupación", *Estudios de Derecho*, Antioquía, vol. 71, núm., 157, 2014, p. 214.

⁹⁰ Cfr., Pipes, Richard, *op. cit.*, p. 60.

⁹¹ Cfr., *Íbidem*, p.61.

⁹² Cfr., Cuartas Henao, María Dolly, *op. cit.*, p. 224.

⁹³ Cfr., *Íbidem*, pp. 226-228.

⁹⁴ Cfr., *Íbidem*, pp. 228-231.

No obstante ya en agosto de 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establecía a la propiedad como un derecho natural e imprescriptible del hombre.⁹⁵

2. La teoría social y el surgimiento del Estado benefactor

Inmediatamente posterior a este paso histórico la propiedad privada fue sinónimo de libertad política, es decir, que solo aquellos dueños de la tierra tenían injerencia en la vida pública del Estado, pero con el paso del tiempo se consideró que estos terratenientes representaban a todos los hombres libres que habitaban en sus tierras, para finalmente hacer de la democracia un derecho independiente del patrimonio de los hombres. En palabras de Richard A. Epstein:

Puede que la propiedad privada haya sido en algún momento un obstáculo para el poder gubernamental, pero hoy en día ese obstáculo suele vencerse fácilmente, casi con solo pedirlo... Bajo las leyes actuales la institución de la propiedad privada impone escasas limitaciones sobre las dimensiones y la dirección de las actividades del gobierno que son características del moderno Estado de bienestar social.⁹⁶

Así las cosas cabe señalar que la creación del Estado y la vida democrática nacen con la necesidad de tutelar y “garantizar los derechos naturales a la vida, la libertad y la propiedad”.⁹⁷ tal como se mencionaba al analizar la concepción de la propiedad como derecho natural, lo cual dio nacimiento a doctrinas económicas como la de la escuela clásica originada por el pensamiento de Adam Smith, que postulaba la defensa de las relaciones económicas privadas como método para el

⁹⁵ Cfr., Pipes, Richard, *op. cit.*, pp. 69-70.

⁹⁶ Cfr., *Íbidem*, p. 271

⁹⁷ Vázquez Sánchez, Jorge, "Neoliberalismo y Estado benefactor. El caso mexicano", *Aportes*, Puebla, año X, núm. 30, septiembre - diciembre de 2005, p. 56.

incremento de la riqueza en un Estado;⁹⁸ sin embargo, durante el siglo XX las responsabilidades del Estado no solo se centraron en aquellas que le dieron origen sino que comenzaron a tener auge las políticas de seguridad social, y como objetivo de estas la eliminación de la pobreza como objetivo estatal, por lo tanto el Estado se ve obligado a considerar la propiedad no como un derecho fundamental, sino como un obstáculo de la justicia social.⁹⁹

“En este sentido la agresión sobre los derechos de propiedad no siempre es evidente porque se lleva a cabo en nombre del bien común, un concepto elástico, definido por aquellos a cuyos intereses sirve”.¹⁰⁰ De tal forma la propiedad deja de ser un derecho natural para pasar a ser una institución social, lo que da motivos a la actividad estatal de intervenir en su regulación, no solo distribuyendo sino también regulando su utilización.¹⁰¹

En este orden de ideas, las escuelas económicas iniciaron defendiendo la asignación eficiente de los recursos mediante la defensa de la propiedad y libertad principalmente. Posteriormente, pensadores provenientes de la escuela clásica con ideas complementarias conformaron la escuela neoclásica, sobre la cual no se observa necesario extenderse en su pensamiento, sino establecer que consideraban que el Estado tenía por responsabilidad tanto la estabilidad del crecimiento económico así como la corrección de las fallas del mercado, no obstante esto, ambas escuelas económicas promovían la idea del Estado liberal que instauraba la idea del individualismo racional, es decir la explicación de metas y objetivos a partir de acciones y decisiones de los particulares.

Consecuente a estas escuelas económicas, surgió el pensamiento del

⁹⁸ Cfr., *Íbidem*, pp. 52-53.

⁹⁹ Cfr., Pipes, Richard, *op. cit.*, p. 295.

¹⁰⁰ *Íbidem*, p. 290.

¹⁰¹ Cfr., *Íbidem*, pp. 295-297.

intervencionismo estatal de John Maynard Keynes, que se instaura como antecedente de lo que posteriormente se conocería como el Estado benefactor o Estado de bienestar social, pensamiento que si bien surge a efecto de que el Estado proveyera de servicios necesarios a la sociedad que no eran asequibles en lo particular, no debe perderse de vista que también se instauró con el motivo de preservar el contexto capitalista frente a las crisis económicas, guerras mundiales y sistemas socialistas que se enfrentaban la primera mitad del siglo XX.¹⁰²

Por su parte, en los Estados Unidos de América la forma del Estado benefactor surgió décadas después de haberse instalado en la Europa occidental, puesto que hasta antes de la Gran Depresión de la década de 1930, se creía que “los derechos de propiedad por encima de la justicia social, promovían la autodeterminación personal como solución para todos los problemas sociales y económicos”.¹⁰³ No obstante tras la referida crisis económica se implementaron en la nación políticas como la del *New Deal* que promovían la seguridad social y derechos laborales, que culminaron con la implementación del Estado de bienestar social por el presidente Roosevelt bajo la idea de las Cuatro Libertades, a saber: libertad de expresión, libertad de credo, libertad del temor y libertad de no carecer, política la anterior que fue relatada e introducida a Inglaterra en 1942 por el economista William H. Beveridge bajo el denominado Informe Beveridge o *El seguro social y sus servicios correlativos*, que en contraste con la política de Roosevelt, no pretendía combatir la pobreza, sino evitarla, previniendo los efectos que generaría

¹⁰² Cfr., Rojas Castro, Ma. Ovidia, "Neoliberalismo y legislación económica en México", *Derecho y Neoliberalismo*, Morelia, Michoacán, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Red de Sociología Jurídica en América Latina y el Caribe, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2012, Perspectivas socio-jurídicas en América Latina y el Caribe, v. I, p. 68.

¹⁰³ Pipes, Richard, *op. cit.*, p. 309.

la posguerra.¹⁰⁴

La política social que generó el citado informe abandonaba la idea de Bismarck del seguro social para la clase trabajadora, trasladando dicho beneficio a todos y cada uno de los ciudadanos, independientemente de haber contribuido o no al sistema¹⁰⁵, además de que dicha política tuvo impacto sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Siendo lo anterior el punto álgido del Estado de bienestar en donde a pesar de las políticas sociales, aún se considera:

Al mercado competitivo como el mejor mecanismo de coordinación, porque promueve la eficiencia en la asignación de recursos y elimina las ganancias de monopolio, distribuyendo ese potencial de bienestar entre la población. La libertad del mercado se garantiza mediante el respeto de los derechos de propiedad privada y la desvinculación del Estado de grupos privados poderosos. La libertad individual de los participantes del mercado puede ser regulada por el Estado en defensa de intereses públicos y aún en defensa del mismo mercado.¹⁰⁶

3. *La función social de la propiedad*

En el contexto del replanteamiento de la economía política formulado por Keynes, nace la teoría de la función social como antítesis de la teoría de la propiedad como derecho natural.

Aquella se basaba en una perspectiva en la que el Estado presentaba obligaciones frente a sus ciudadanos, dejando con esto de lado la concepción de la

¹⁰⁴ *Cfr., Íbidem*, pp. 308-314.

¹⁰⁵ *Cfr., Rojas Castro, Ma. Ovidia, op. cit.*, pp. 59-60.

¹⁰⁶ *Vázquez Sánchez, Jorge, op. cit.*, p. 57.

propiedad como un derecho subjetivo.¹⁰⁷

De acuerdo con Duguit:

Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad cierta función en razón directa del puesto que ocupa en ella. Por consiguiente, el poseedor de la riqueza, por el hecho de tenerla, puede realizar cierta labor que él solo puede cumplir. Él solo puede aumentar la riqueza general, asegurar la satisfacción de las necesidades generales, al hacer valer el capital que posee.¹⁰⁸

La función social de la propiedad se confunde en ocasiones con la socialización de la tierra, pero la diferencia radica en que el socializarla es entregarla a los ciudadanos, mientras el exigir una función económica es determinar que el Estado asigna la propiedad para cumplir una función de explotación económica o producción.¹⁰⁹

4. De la caída del Estado Benefactor y la creación del neoliberalismo

No obstante tras la búsqueda de justicia social, el Estado benefactor, contrajo problemáticas como un crecimiento descontrolado de las demandas de bienestar social, lo cual implicaba mayor gasto público, el cual no podía sostenerse debido a los límites de recaudación tributaria, además de que las instituciones comenzaron a adolecer de corrupción y burocratización debido al gran tamaño y rigidez que

¹⁰⁷ Batista Pereira, Eliécer y Coral Lucero, James Iván, "La función social de la propiedad: La recepción de León Duguit en Colombia.", *Criterio jurídico*, Vol. 10, núm. 1, 2010, p. 62.

¹⁰⁸ Duguit, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*, 2ª. ed., Madrid, Francisco Beltrán, 1902, p.55, *cit. pos.*, *Ídem*.

¹⁰⁹ *Cfr.*, *Íbidem*, p.84.

tuvieron que adoptar por la ingente demanda.¹¹⁰

Así las cosas, la entrada de los derechos sociales se tornó irracional cuando el Estado tenía que garantizar no solo la propiedad privada, sino además las necesidades de la sociedad, bajo el equívoco de que necesidad fungía como sinónimo de derecho, con tal de sostener la política de la libertad a no carecer.

A raíz de la crisis del Estado benefactor y en específico a partir de la década de 1980 se comenzó a cuestionar la intervención estatal en la economía y promoviendo el crecimiento económico a través del libre mercado, retomando con ello los cimientos liberales.¹¹¹ Sin embargo no se soslaya que el rechazo al intervencionismo estatal ya se había gestado como pensamiento desde 1947 al surgir la sociedad de Mont Pelerin, conformada por ideólogos convocados por Friedrich Von Hayek, tales como Karl Popper, Milton Friedman, Ludwid von Mises y Walter Lipman, y en donde se criticaba todo tipo de organización intervencionista, desde el Estado social-comunista ruso, chino, africano, cubano, etc., así como el pensamiento keynesiano, hasta la forma del Estado benefactor de la Europa Occidental.¹¹²

El pensamiento neoliberal se funda en el individualismo de interpretación social, donde al contrario del individualismo usado por la escuela neoclásica de corte colectivista, se postula el desarrollo sin un plan deliberado, dado que se establece que no pueden preverse las acciones individuales, resultando ocioso establecer un resultado racional esperado.¹¹³ Por lo tanto bajo la corriente neoliberal de acuerdo a Friedman:

¹¹⁰ *Cfr.*, Vázquez Sánchez, Jorge, *op. cit.*, pp. 60-61.

¹¹¹ *Cfr.*, Rojas Castro, Ma. Ovidia, *op. cit.*, p. 71.

¹¹² *Cfr.*, Vázquez Sánchez, Jorge, *op. cit.*, p. 61.

¹¹³ *Cfr.*, *Íbidem*, p. 62.

El Estado debe garantizar la libertad de elegir, para ello sus únicas funciones deben ser: brindar protección interna y externa, mantener un sistema de justicia como sustento de los contratos y la propiedad; organizar el financiamiento para la producción privada de bienes públicos y brindar cuidado social a los que carecen de capacidad para asumir responsabilidades.¹¹⁴

Ahora bien, la política neoliberal comenzó su operación en Reino Unido y Estados Unidos de América, bajo la gestión de Margaret Thatcher en 1979 y Ronald Reagan en 1981, respectivamente; sin embargo, su recepción en América Latina no se hizo presente como lo hiciera en los referidos países angloparlantes, puesto que bajo la dirección del G-7 o grupo de las siete naciones con mayor desarrollo económico fue que tanto el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) decidieron implementar la política neoliberal a través de “Programas de Ajuste Estructural”,¹¹⁵ como condición para requerir auxilio financiero de dichos entes internacionales, dichos programas consisten en:

Políticas destinadas a terminar con los Estados de bienestar latinoamericanos de mediados del siglo XIX. Para ello se recomiendan el achicamiento del Estado, la privatización de las empresas y los servicios públicos, la liberación de los mercados, especialmente el mercado externo, la eliminación de las políticas sociales, la privatización de la seguridad social, el incremento de la recaudación mediante impuestos indirectos, la reforma del mercado laboral y del sistema educativo.¹¹⁶

México no fue la excepción en adherirse a las políticas neoliberales; sin embargo, lo hizo a través de estos Programas de Ajuste Estructural. Es de esta

¹¹⁴ *Íbidem*, p. 63.

¹¹⁵ *Cfr.*, Rojas Castro, Ma. Ovidia, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹¹⁶ Vázquez Sánchez, Jorge, *op. cit.*, p. 63.

manera que México pasa de una política de Estado benefactor que dura desde 1950 hasta 1980¹¹⁷, pero que fuera iniciado con la gestión de Lázaro Cárdenas desde 1934, a través de la industrialización y estatización de empresa,¹¹⁸ a una política neoliberal a partir de la década de los 80's.

Por otra parte, en 1990 se determinó el llamado Consenso de Washington elaborado por la reunión de un comité de economistas internacionales que tuvo sede en Washington y que se sumó como guía para las políticas que deseaban implementar los países desarrollados sobre los países subdesarrollados por medio del BM y del FMI bajo amenaza de incurrir en sanciones o de no recibir ayuda financiera en momentos de crisis, de no implementarse,¹¹⁹ de tal guisa que del referido Consenso se desprenden 10 puntos clave, a saber:

1. La disciplina fiscal;
2. Priorización de Gasto Público en Educación y Salud;
3. Reforma tributaria;
4. Tasas de interés positivas determinadas por el mercado;
5. Tipos de cambio competitivos;
6. Políticas comerciales liberales;
7. Apertura a la inversión extranjera;
8. Privatizaciones;
9. Desregulación;
10. Protección a la propiedad privada¹²⁰

¹¹⁷ Cfr., *Íbidem*, p. 69.

¹¹⁸ Cfr., Rojas Castro, Ma. Ovidia, *op. cit.*, p. 69.

¹¹⁹ Cfr., *Íbidem*, pp. 72-75.

¹²⁰ *Apud*, Williamson, John, "Lo que Washington quiere decir cuando se refiere a reformas de políticas económicas", http://www.pdf.lacaixa.comunicacions.com/ee/esp/ee15_c3_esp.pdf, fecha de consulta: 20 de diciembre de 2018.

Ahora bien, parece preciso señalar que el neoliberalismo refiere que la clave para lograr la eficiencia económica depende de que los derechos de propiedad se encuentren bien definidos para su uso exclusivo, mientras que la escuela neoclásica sostiene que es la competencia el factor determinante para lograr el desempeño económico. Por lo tanto las vías de ambas posturas para lograr este cometido divergen entre sí, mientras que el neoliberalismo propugna por la privatización, la escuela neoclásica lo hace por la desregularización a la actividad de los particulares. Así las cosas, la teoría de los derechos de propiedad tuvo su desenvolvimiento dentro de la Escuela de Chicago,¹²¹ de la cual formó parte Ronald Harry Coase, editor de la revista *Law & Economics*, y autor de *The problem of social cost*, artículo considerado génesis del movimiento denominado Análisis Económico del Derecho. Motivo por el cual nos decantaremos por el estudio de esta última vertiente.

II. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En un sentido general puede decirse que se trata de “todo aquel análisis que desde las categorías económicas se haga del Derecho, o en un sentido más restringido, al análisis que del derecho se haga a partir de unas específicas categorías económicas.”¹²²

Hay que señalar que esta corriente, parte de la concepción de la economía, según Richard A. Posner, como “*the science of rational choice in a world –our world- in wick resources are limited in relation to human wants. The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer*

¹²¹ Cfr., Vázquez Sánchez, Jorge, *op. cit.*, pp. 64-65.

¹²² Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014, Sección de Obras de Política y Derecho, p. 225.

of his ends in life, his satisfactions..."¹²³ (la ciencia de la elección racional en un mundo (nuestro mundo) en donde los recursos son limitados en proporción a las necesidades humanas. La tarea de la economía, específicamente, es explorar las implicaciones de asumir que el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida, sus satisfacciones). En este sentido observamos que se regresa al individualismo metodológico o racionalista, abandonando de esta manera la rama de eficiencia y dando mayor énfasis a la rama predictiva, de raíces neoclásicas.¹²⁴

En el análisis económico del derecho existen dos vertientes; una que permite predecir las conductas que pueden realizarse a partir de ciertas normas jurídicas, la cual se podría denominar como una rama predictiva y por otro lado una vertiente que permite determinar la eficiencia de las normas jurídicas respecto a una competencia efectiva, la cual llamaremos rama de eficiencia. Atento a lo anterior parece necesario exponer que la economía intenta predecir o explicar conductas humanas económicas a través de hipótesis que se encuentran compuestas por: supuestos, términos y condiciones, donde los supuestos no son otra cosa sino aspectos de la realidad; los términos se refieren a conceptos o lenguaje principalmente económico que permiten tener un orden de ideas; y las condiciones se refiere a la relación que existe entre los supuestos y las consecuencias esperadas.¹²⁵

De esta manera el análisis económico del Derecho para la realización de hipótesis predictivas de conductas, parte de una conducta que tiene un motivo específico de maximización *a priori*, en otras palabras, parte de una conducta económica, posteriormente se analizan los supuestos en que dicha conducta se desenvuelve, fungiendo como supuestos no solo las cosas, conductas y acciones,

¹²³ Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 4^a ed., Little, Brown and Company, Boston, 1992, p.3, *cit. pos, íbidem*, p. 226.

¹²⁴ *Íbidem*, p. 238.

¹²⁵ *Cfr., Íbidem*, pp. 213-221.

sino también el contenido de las normas jurídicas; asimismo, para la mejor comprensión de estos supuestos se utilizan lenguajes tanto económico como jurídico, para que finalmente existan las relaciones entre los supuestos y las consecuencias esperadas, o mejor conocido como las condiciones, en el entendido de que estas son simplemente un elemento puramente de formalidad o lógica.¹²⁶

Por otra parte para abordar la rama de eficiencia, apartándonos de la predictiva, habrá que definir en un principio lo que se entiende por eficacia, en ese sentido, utilizaremos el óptimo de Pareto para explicar la eficiencia, donde se dice que esta última existe “siempre que pudiendo mejorarse a alguien no se perjudique a otro”.¹²⁷ Establecido lo anterior, se pueden construir hipótesis valorativas de la eficiencia de las normas, a partir de hipótesis predictivas de conductas dadas en virtud de cierta norma jurídica, de esta forma, teniendo conducta predecibles se procede a precisar la eficiencia de las normas en función de las conductas que esas normas proporcionan.

No obstante lo anterior, parece preciso acotar que cuando hablamos de eficiencia, lo hacemos en términos económicos, como se refiriera en el párrafo anterior al hablar del óptimo de Pareto, por lo que no habrá de confundirse con lo que comúnmente se conoce en el mundo jurídico como eficiencia jurídica. Hecha tal aclaración, se concluye que “las normas jurídicas se constituyen en los supuestos de las hipótesis predictivas del análisis económico del derecho y –toda vez que la determinación de eficiencia se hace respecto de las conductas predichas- se constituyen también indirectamente en los supuestos de las hipótesis de eficiencia”.¹²⁸

En este orden de ideas, no debe pasar desapercibido que para Posner el

¹²⁶ Cfr., *Íbidem*, pp. 250-254.

¹²⁷ *Íbidem*, p. 240.

¹²⁸ *Íbidem*, p. 259.

análisis económico del Derecho no necesariamente se encuentra relacionado con el realismo jurídico, corriente jurídica que impera en el sistema legal del *common law*, en donde la tarea principal del derecho es la predicción de lo que los jueces determinarán en sus fallos, sino que por el contrario el análisis económico del derecho podría ser una teoría del derecho teniendo como objetivo la eficiencia económica; sin embargo, dado el antiformalismo del *common law*, esto resultaba complicado para explicar la complejidad de dicho sistema legal, por ello optó por exponer al análisis económico del derecho como “un método de ‘producción de justicia’ sustantiva”.¹²⁹

Ahora bien, en términos generales, existen 4 momentos o 4 etapas durante el proceso de individualización de una norma; la primera de ellas se da cuando se realiza la determinación del significado de una norma general que prevé las condiciones de un acto coactivo; la segunda se da cuando se determina por parte de la autoridad si un hecho real si está significado por una norma interpretada; la tercera ocurre por la determinación del sentido de la norma que prevé las consecuencias del hecho; y finalmente la cuarta da cabida cuando existe la determinación de las consecuencias que la norma interpretada establece respecto del hecho significado. En este entendido se dice que solamente en las etapas 1 y 3 la autoridad podría utilizar criterios económicos para establecer el significado de una norma.¹³⁰

En ese orden de ideas cuando hablamos de la determinación del significado de una norma general que prevé las condiciones de un acto coactivo, lo hacemos respecto de la labor interpretativa de la función jurisdiccional, la cual de acuerdo a la teoría kelseniana, no podría operar, dado que de acuerdo a su Teoría Pura del Derecho, la interpretación que se hace de la norma por parte de la función jurisdiccional es científica o no auténtica, dado que no la establece la misma norma

¹²⁹ *Íbidem*, 298

¹³⁰ *Cfr.*, *íbidem*, p. 343.

y parte por ello de una indeterminación, asimismo no existe un método único correcto, y se encuentra abierta a todos los sentidos posibles.

Dicho lo anterior es evidente que si el análisis económico del derecho se convierte en la forma única y “correcta” para interpretar por cuestiones de eficiencia económica, no se estaría entonces cumpliendo con los requisitos mencionados. Existiendo otra forma de utilizar el análisis económico del derecho como método interpretativo, siendo este el de convertirlo en un principio general del derecho utilizable solo cuando no exista forma de resolver una controversia, solución que tiene sus críticas pero que no es parte de este estudio tratarlas o debatirlas.¹³¹

Por otra parte en cuanto a la tercera de las etapas de individualización de la norma, se dice que es una tarea de política jurídica, es decir de creación de normas, recordando que la política jurídica “pretende lograr resultados con la realización de conductas humanas”, tratándose en este caso en particular de lograr eficiencia económica a través de la adecuación de las normas para predecir las conductas que la generarían.¹³²Y es precisamente esta la forma en que deseamos que las conclusiones obtenidas en el presente trabajo se materialicen. En otras palabras, a partir de lo que aquí se concluya, escoger alguna alternativa legislativa que permita la eficiencia económica de los derechos de propiedad, que bien pudiera ser la propuesta que esbozaremos más adelante.

III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

Es importante rescatar inicialmente que cuando hablamos de derechos de propiedad, lo hacemos sobre lo que en economía se denomina: exclusión, la cual se configura cuando se tiene la titularidad de explotar o usar un bien, excluyendo a

¹³¹ *Cfr., Íbidem*, pp. 96-98 y 342-352.

¹³² *Cfr., Íbidem*, pp. 353-355.

otros de estas mismas prerrogativas.¹³³

Asimismo, los derechos de propiedad permiten la internalización de los efectos benéficos o perjudiciales que conllevan en sí el ejercicio de aquellos, en el entendido de que una externalización se refiere a un efecto, ya sea benéfico o perjudicial, ocasionado por el ejercicio de un acto, o, en el caso que nos atañe, de un derecho.¹³⁴ En este sentido se logra una internalización cuando los efectos han sido absorbidos a manera de costos por el titular del acto o derecho. De esta manera los recursos limitados serán utilizados eficientemente. Esto significa que en el los derechos de propiedad privada el titular reúne en sí mismo los costes y beneficios siempre y cuando dichos costes no rebasen los beneficios o ganancias¹³⁵; sin embargo, este punto lo desarrollaremos más adelante.

Con base a lo anterior, los derechos de propiedad, el sistema de propiedad o los derechos reales, se definen económicamente como “el conjunto de relaciones económicas y sociales que definen la posición de cada individuo respecto al uso de bienes escasos”.¹³⁶

¹³³ Cfr., Pérez Velasco, David Velasco, "Análisis económico de los derechos de propiedad", *Derecho y Economía*, Lima, febrero de 2011, p. 1, http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Analisis_Economico_de_los_Derechos_de_Propiedad.pdf,

¹³⁴ Cfr., *Íbidem*, pp. 2-3.

¹³⁵ *Apud*, Demsetz, Harold, "Hacia una teoría de los derechos de propiedad", *Economía metropolitana- Fundación Distrito Federal Cambio XXI*, México, vol. 9, núm. 52, junio de 1997, http://www.eumed.net/cursecon/textos/Demsetz_teoría-derechos-propiedad.pdf

¹³⁶ Gaona, Abad, Katty Isadora, “Sistemas de propiedad y análisis económico”, *Fuero Registral: Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral*, Lima, año X, núm. 7, junio de 2011, p. 214.

Con estas características, los derechos de propiedad incentivan el invertir esfuerzo material y humano para la explotación de los bienes, ya que de no dar seguridad jurídica, no existiría esta inversión, inhibiendo el desarrollo económico.

1. Criterios distributivos de los derechos de propiedad

En este entendido, cabe cuestionarnos en primera instancia sobre la forma en que el Estado determina la titularidad inicial de los derechos de propiedad, es decir a quién le corresponde cierto derecho. Pues bien esto puede hacerse mediante 3 criterios: eficiencia económica, objetivos distributivos y otros criterios de justicia.

A. Por eficiencia económica

De acuerdo con Calabresi y Melamed:

La eficiencia económica requiere que escojamos el conjunto de titularidades que llevaría a una distribución de recursos que no pueda ser perfeccionada, en el sentido que un cambio adicional no mejoraría la condición de aquellos que se benefician por ello, a tal medida que pudieran compensar a aquellos que perdieron con la misma y permanecer aún en mejores condiciones que antes.¹³⁷

En otras palabras el otorgamiento de las titularidades por parte del Estado debe promover el óptimo de Pareto que analizáramos en párrafos anteriores.

¹³⁷ Calabresi, Guido y Melamed, Douglas, "Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la catedral" trad. de Ximena Zavala L. y Eduardo Sotelo C., *Estudios Públicos*, Santiago, núm. 63, 1996, p. 66.

B. *Por objetivos distributivos*

En cuanto hace a la determinación de titularidades a través de objetivos distributivos, se hace referencia normalmente a dos vertientes. La primera habla sobre la repartición de la riqueza ya sea en términos de igualdad, equidad o cualquier otro criterio, mientras que la segunda de estas vertientes habla sobre el objetivo de distribución de bienes merecidos que se refiere a aquellos derechos mínimos que el Estado o la sociedad considera esenciales de forma individual.¹³⁸

C. *Por otros criterios de justicia*

Finalmente, por cuanto hace a otros criterios de justicia, se refiere normalmente a aquellas formas de determinación de titularidad que no pueden ser categorizados como eficiencia económica o en términos de objetivos de distribución, algunos ejemplos podrían ser: el placer, la compasión, la felicidad, cuestiones morales, etc. En otras palabras dependería de lo que cada sociedad determinara como justo.¹³⁹

2. *Mecanismos de garantía de titularidades*

En este orden de ideas, una vez que la sociedad haya determinado la forma de obtener las titularidades, se hace necesario erigir mecanismos en que estas titularidades sean garantizadas, puesto que recordemos que los derechos de propiedad deben ser derechos oponibles a terceros, bajo el principio económico de exclusión, asimismo, debe poder internalizar las externalidades. De tal guisa que de acuerdo a Calabresi y Melamed:

El Estado no sólo debe decidir a quién otorga la titularidad, sino también,

¹³⁸ *Apud, Íbidem*, pp. 69-71.

¹³⁹ *Apud, Íbidem*, pp. 71-73.

y al mismo tiempo, realizar una serie de decisiones de segundo orden pero igualmente difíciles. Estas decisiones van desde la forma en que las titularidades son protegidas, hasta si se permite o no a un individuo vender o negociar dicha titularidad.¹⁴⁰

Por lo anterior de acuerdo a estos mismos autores, existen 3 tipos de reglas para proteger las titularidades: reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y reglas de inalienabilidad.¹⁴¹

A. Reglas de propiedad

En primer lugar decimos que existe una regla de propiedad cuando solo mediante una transacción voluntaria puede removerse la titularidad de su dueño original, siendo el valor totalmente subjetivo.

B. Reglas de responsabilidad

Ahora bien cuando no se respeta una titularidad y se viola la misma debe entonces existir un pago proporcional al valor objetivo del bien cuyo derecho de propiedad se transmite o destruye sin consentimiento del titular inicial. En este caso, en comparación con la regla de propiedad, existe un poco más de intervencionismo estatal, en el sentido de que el Estado es quién determina esta suma, en lugar de las partes involucradas.

C. Reglas de inalienabilidad

Por último la regla de inalienabilidad se establece cuando se restringe cierta transacción respecto de cierto derecho de propiedad. Normalmente establecidos

¹⁴⁰ *Íbidem*, p. 65.

¹⁴¹ *Apud, Ídem*.

sobre los bienes merecidos de los que hablábamos al momento de explicar la forma de determinar las titularidades a través de objetivos distributivos, en línea anteriores. En otras palabras el Estado no solo otorga las titularidades esenciales, sino que además evita que puedan enajenarse.

Es importante señalar a manera de conclusión de este apartado III que para que los derechos de propiedad se consideren eficientes deben reunir 3 requisitos: universalidad, exclusividad y transferibilidad, en otras palabras, que todo bien debe tener un dueño, la titularidad sobre ese bien debe limitar a los demás de su aprovechamiento y por último el objetivo de la transferibilidad es que el bien siempre encuentre la forma de ser más eficiente.

La totalidad de lo expuesto en este apartado III nos equipa de los elementos básicos para la aplicación del análisis económico del Derecho en cualquier derecho de propiedad; sin embargo, falta por conocer cómo es que los derechos de propiedad pueden ser transferidos, es decir el último de los requisitos señalados en el párrafo anterior.

IV. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD

Para una mejor comprensión sobre las reglas de protección de titularidad, analizadas en la parte final del apartado anterior, y en especial sobre la regla de propiedad, habremos de exponer, en el presente apartado, los sistemas de transmisión de la propiedad.

Iniciaremos explicando que para que un sistema de transferencia sea eficazmente óptimo, debe reunir dos requisitos. En primer lugar debe permitir la máxima circulación de riqueza, lo cual se logra a través de la facilidad de contratar para que se genere el mayor número de transacciones posibles; y en segundo lugar debe otorgar seguridad jurídica a los adquirentes, eliminando la incertidumbre o

riesgos de los derechos que se adquieren.¹⁴² Hay por otra parte quien asegura que son tres los requisitos que debe reunir un sistema de transferencia para que sea considerado óptimo, a saber: “(1) el interés en la integridad del bien; (2) el poder jurídico de garantizar dicha integridad y (3) el contacto físico con el bien, de modo que el titular tenga la posibilidad de conocer de primera mano de que remedios precisa para preservar la integridad del bien”.¹⁴³ En otras palabras “un sistema ideal de propiedad es aquel que permite el máximo grado de exclusión al menor costo posible, permitiendo paralelamente que los terceros tengan la posibilidad de conocer el derecho del que están siendo excluidos”.¹⁴⁴

En este entendido, se dice que existen dos sistemas de transferencia, el primero basado en el consentimiento y el segundo basado en el registro. De ambos sistemas, presuntamente, aquel que se encuentra basado en el registro es el que menos costos de transacción presenta, dado que aunque tiene un costo monetario, elimina en mayor medida los costos de transacción sobre la incertidumbre del derecho adquirido, lo cual no hace aquel sistema basado en el consentimiento, a pesar de que no presenta costos monetarios para su configuración.¹⁴⁵ Por ello el sistema de registro se considera eficiente, ya que, por el contrario, los contratos privados dan seguridad jurídica a quienes lo pactaron; sin embargo, no causan efectos contra terceros por sí mismos, puesto que mantienen su privacidad en tanto no se inscriban en el mencionado Registro.

No se soslaya que existen teorías e incluso legislaciones como la argentina

¹⁴² Cfr., Gaona, Abad, Katty Isadora, *op. cit.*, p. 212.

¹⁴³ Martínez, Velencoso, Luz M., “Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 4, octubre de 2008, p. 15, http://www.indret.com/pdf/589_es.pdf

¹⁴⁴ Pérez Velasco, David Velasco, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁵ Cfr., *Ídem*.

que conceden un tercer sistema de transferencia de propiedad y no es otro que el sistema de transferencia real, cuyo antecedente inmediato se encuentra en la *traditio* romana y que explica que no existe transferencia sino hasta que se ha entregado el bien o la cosa en alguna de sus diversas modalidades¹⁴⁶, a saber:

Tradición real: Se produce cuando existe entrega material.

Tradición simbólica: Se produce cuando existe la entrega de algo que representa al bien, objeto del acto jurídico, (llavees, títulos, etc)

Tradición *longa manu*: Se produce cuando se muestra la cosa durante el acto jurídico, ya sea señalándola o exhibiéndola.

Tradición *brevi manu*: Se produce cuando el adquirente ya posee previamente el bien o la cosa bajo cierto derecho de propiedad, pero la adquiere nuevamente bajo otro tipo de derecho de propiedad. Es decir, existe una entrega y devolución subsiguiente.

Constitutio posesorio: Se produce cuando se está en el mismo supuesto que la modalidad inmediata anterior, pero no existe entrega y devolución física.¹⁴⁷

Respecto a este último sistema de transferencia, puede tomarse como uno de carácter consensual por oposición al registral, y sobre el que hablaremos ocasionalmente en el capítulo final.

Retomando los sistemas de transferencia de propiedad por consentimiento y por registro. Debe decirse que el sistema de transferencia de propiedad por registro presenta dos variables, que son: el registro de documentos o títulos y el registro de derechos.

¹⁴⁶ *Apud*, Highton de Nolasco, Elena Inés, Dominio y usucapión (segunda parte), Buenos Aires, Hammurabi, 1983, t. II, pp. 91-119.

¹⁴⁷ *Cfr.*, *Íbidem*, pp. 95-96.

1. Registros de documentos o títulos

Los Registros de documentos almacenan y registran los contratos privados o escrituras, las cuales pueden servir como pruebas *a posteriori* para la resolución de controversias sobre los derechos reales contenidos en dichos documentos. Por regla general este tipo de registros se guían por el principio de oponibilidad, es decir, una regla de prioridad, con base en la fecha en que fue inscrito el documento y no en la que fue suscrito. De esta manera se incentiva a los ciudadanos a inscribir inmediatamente los actos jurídicos que celebren.¹⁴⁸

Este tipo de registros datan del siglo XIX y es el esquema seguido por países como Estados Unidos¹⁴⁹, Francia, Canadá, Bélgica, Portugal, Italia¹⁵⁰ y otros países o gobiernos basados en la tradición jurídica francesa.¹⁵¹ Además, en este modelo no existe una depuración *a priori* sobre los derechos de propiedad, limitándose como se dijo a establecer la prelación de documentos y la publicidad de los mismos. Y es debido a esto último que para eliminar los vicios o defectos del título a inscribir se realizan gestiones contractuales o judiciales a través de agentes privados, en otras palabras, la depuración de los derechos es voluntaria y se hace a través de “especialistas, como sucede con los aseguradores de títulos estadounidenses y los notarios franceses”¹⁵²

De acuerdo a Gaona Abad, las principales características de un sistema jurídico en el que se utiliza el sistema de registro de documentos es que la titularidad

¹⁴⁸ *Cfr.*, Gaona, Abad, Katty Isadora, *op cit.*, p. 205.

¹⁴⁹ *Cfr.*, Arruñada, Benito, “Organización del registro de la propiedad en países en desarrollo”, *Fuero Registral: Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral*, Lima, núm. 1, diciembre de 2003, p. 52.

¹⁵⁰ *Cfr.*, Martínez, Velencoso, Luz M., *op. cit.*, p. 18,

¹⁵¹ *Cfr.*, Gaona, Abad, Katty Isadora, *op. cit.*, p. 205.

¹⁵² *Íbidem.* p. 207.

del derecho de propiedad es protegida por una regla de propiedad, de tal manera que si el enajenante pierde su derecho por evicción, automáticamente adquiere derecho para accionar contra el vendedor y en este caso en particular también contra quien se haya encargado de la depuración de sus derecho, ya sea habiéndolo dictaminado o asegurado. Otra característica de este tipo de registro es que los contratantes pueden estipular la cantidad de derechos reales con plena libertad.¹⁵³

2. Registros de derechos

El segundo tipo de Registro fue desarrollado en el siglo XIX sustentado en la tradición jurídica germánica e impuesto generalmente en países como Prusia, Austria, España, Australia y Alemania, siendo actualmente el sistema más utilizado a nivel mundial con variedades como el denominado sistema australiano *Torrens*, además de considerarse al más *ad hoc* para naciones en vías de desarrollo o en transición al capitalismo.¹⁵⁴

Sin embargo, a diferencia del registro de documentos, este lo es de derechos, y almacena, como su nombre lo indica, información relativa a los “derechos definidos en cada nuevo contrato [...] junto con los derechos preexistentes y que subsisten sobre la misma finca, mientras los derechos extinguidos son eliminados o cancelados”. Esta característica, implica que se analice *ex ante* el derecho a inscribir a efecto de detectar cualquier conflicto con derechos de terceros, llevando para ello un listado de fincas, anotando los derechos reales o de propiedad que existen sobre ella. Otra diferencia respecto del registro de documentos es que en este registro la calificación se lleva a cabo por la autoridad pública quien puede denegar la inscripción hasta que no se subsanen los referidos conflictos.¹⁵⁵

¹⁵³ *Cfr., Ídem.*

¹⁵⁴ *Cfr., Íbidem*, p. 208.

¹⁵⁵ *Ídem.*

Ahora bien, un sistema jurídico caracterizado por un sistema de registro de derechos, otorgará titularidades definitivas e inatacables, y por otra parte limitará la libertad contractual de las partes en cuanto al número de derechos reales estipulables, dado que la información otorgada en los registros hará evidente que derechos reales se encuentran vigentes. Asimismo no escapa que en este tipo de registro también existe una regla de prelación o prioridad.¹⁵⁶

Expuesta las características de los dos tipos de sistemas de transferencia de propiedad por registro, procederemos a su análisis económico, del cual se desprende que el registro de documentos presenta menores costos en contraste con el registro de derechos, en otras palabras otorga mayor seguridad económica, sin embargo, el registro de derechos proporciona más seguridad jurídica al ser definitivos los derechos inscritos ahí.

Sin embargo, como bien refiere Gaona Abad:

...si bien la seguridad jurídica incorpora siempre seguridad económica, la igualdad en sentido contrario por la que la seguridad económica incorpora la jurídica, es imposible por definición, pues el adquirente desposeído recibe una compensación pero pierde el bien lo que le permite concluir que la seguridad económica es un sucedáneo imperfecto de la jurídica.¹⁵⁷

De acuerdo a lo anterior se dice que el registro de derechos es el sistema registral que produce mayor eficiencia, puesto que al ser inscritos los derechos se habla de una regla de responsabilidad para el aseguramiento de la titularidad en lugar de una regla de propiedad.

¹⁵⁶ *Ídem.*

¹⁵⁷ *Íbidem*, p. 218.

No es objeto del presente estudio hacer un minucioso análisis de los sistemas registrales en general; sin embargo, no escapa de nuestra vista que los tipos de registro analizados anteriormente se presentan de diferente forma en la doctrina jurídica, puesto que en esta se denominan sistema francés, sistema germánico y sistema australiano.

En esencia encontramos que el sistema francés parte de vincular el acto traslativo de propiedad al acto jurídico privado entre partes,¹⁵⁸ lo que hace que los efectos de la inscripción en el registro sean declarativos por oposición a constitutivos, siendo además obligatoria para notarios, autoridades, jueces, etc., no así para los particulares contratantes, llevando por lo general un registro por personas, titulares de derechos, y un registro por fincas.¹⁵⁹

Ahora bien en el sistema alemán, al contrario del sistema anterior, los efectos de la inscripción son constitutivos, esto en parte a que normalmente el sistema jurídico que implementa este tipo de registro, considera dos actos jurídicos de forma independiente, siendo el primero uno de mero carácter obligacional y otro de carácter real, así las cosas, el contrato privado o cualquier otro tipo de contrato es solo obligacional y por ende de naturaleza personal y en el segundo se habla de un procedimiento en la mayoría de las veces de jurisdicción voluntaria, en donde se resuelve sobre la traslación de propiedad, ordenándose de ser favorable al adquirente, su inscripción.¹⁶⁰ Y una vez inscrito el derecho se hace inatacable, a

¹⁵⁸ *Cfr.*, Martínez, Velencoso, Luz M., *op. cit.* p. 14.

¹⁵⁹ *Cfr.*, Carral y de Teresa, Luis, *Derecho notarial y derecho registral*, 18a. ed., D.F., Porrúa, 2007, p. 310.

¹⁶⁰ *Cfr.*, López Juárez, Ponciano, "Los sistemas registrales y sus efectos en la contratación", *Revista Mexicana de Derecho*, Distrito Federal, año XIII, núm. 14, enero-diciembre de 2012, p. 294.

pesar de que sea impugnado el acto obligacional.¹⁶¹

Finalmente en el sistema australiano se trata de un procedimiento donde el Registro hace un examen a través de peritos en topografía, así como juristas y otros expertos sobre los títulos, planos y demás documentación, buscando hacer una depuración tanto física como formal de los derechos a inscribir. Una vez sorteado dicho examen, se publicara un acuerdo en donde se detallan los puntos principales del examen realizado y las características tanto del titular como de la finca, otorgando un plazo determinado para que cualquier tercero que ve afectado sus derechos haga valerlos a través de las autoridades y procedimientos correspondientes.¹⁶² Así, una vez finalizado dicho plazo y sin haber existido reclamación alguna, se inscribe el derecho otorgándole efectos constitutivos e inatacables. Cabe señalar igualmente que el registro es potestativo, pero si se llega a hacer, entonces las subsecuentes transmisiones deberán hacerse con este procedimiento.¹⁶³

V. SEGURIDAD ECONÓMICA, SEGURIDAD DE TRÁFICO Y SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD

1. Seguridad económica

Cuando hablamos de seguridad económica podemos decir que se trata de la certidumbre que tiene el adquirente de que en caso de ser despojado de la propiedad que le fue transmitida por el vendedor, puede recuperar el valor de la compra realizada o en su caso una compensación a través de un procedimiento judicial o en su caso hasta del cobro de un seguro, dependiendo del sistema registral de que se trate.

¹⁶¹ *Cfr.*, Martínez, Velencoso, Luz M., *op. cit.* p. 14.

¹⁶² *Cfr.*, Carral y de Teresa, Luis, *op. cit.* p. 313.

¹⁶³ *Cfr.*, López Juárez, Ponciano, *op. cit.* p. 295.

2. Seguridad de tráfico

Por otra parte la diferencia entre seguridad del tráfico y seguridad jurídica, se explica cuando se entiende que se trata tan solo de un mismo tipo de seguridad, pero en diferentes tiempos, de tal guisa que existe una seguridad estática y una seguridad dinámica.

La seguridad estática se manifiesta en el hecho que el propietario de un inmueble no verá usurpada su propiedad por terceros. En caso de producirse dicha afectación a su titularidad, la ley le franquea los mecanismos necesarios para hacer prevalecer su derecho, por lo que tendrá incentivos para invertir en dicho bien; y la seguridad dinámica, se manifiesta en el hecho que quien contrate en base a la información contenida en el Registro, no se verá perjudicado por circunstancias no registradas.¹⁶⁴

En resumen, mientras la seguridad del tráfico va dirigida para quien desea adquirir un derecho real, la seguridad jurídica está encaminada para el titular vigente del derecho de real.¹⁶⁵ Por ello Martínez Velencoso señala que:

...la regla de la seguridad del tráfico, cuyo objetivo es el de evitar que el derecho del adquirente quede frustrado por circunstancias que no pudo conocer, debido a la falta de información existente en el mercado. Las reglas de seguridad del tráfico son, por lo tanto, reglas que limitan la

¹⁶⁴ Tarazona Alvarado, Fernando, "Algunas consideraciones sobre el principio de fe pública registral", *Fuero Registral: Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral*, Lima, año X, núm. 8, noviembre de 2011, p. 14.

¹⁶⁵ *Cfr.*, Martínez, Velencoso, Luz M., *op. cit.*, p. 7

información necesaria para adquirir un derecho.¹⁶⁶

3. Seguridad jurídica

Ahora bien, la seguridad jurídica se deriva del principio de legalidad, cuyas funciones son las de limitar la libertad del ser humano sin obstruir su libre voluntad, garantizando que esta no entre en conflicto con la de terceros y viceversa, por ello Pérez Luño señala que es “abandonar la situación en la que el hombre posee una ilimitada (aunque insegura) libertad, a otra libertad limitada pero protegida y garantizada”¹⁶⁷

El concepto de seguridad jurídica resulta controversial, dado que se le ve como un pretexto de quienes se encuentran en el poder o de quienes se encuentran en una posición socioeconómica privilegiada, para justificar sus acciones y pertenencias frente a quienes no tienen, es decir, las clases económicas más desprotegidas, mutando así siempre conforme a dichos intereses, es por ello que muchas veces se piensa que el absolutismo del monarca se equipara a la certeza jurídica de la democracia presidencialista. Lo anterior explicaría en cierta forma porque la dificultad de encontrar su naturaleza jurídica o su concepto. Es por ello que pueden distinguirse tres maneras de observar a la seguridad jurídica.

A. Como principio

La primera de estas formas es visualizar a la seguridad jurídica como un

¹⁶⁶ *Íbidem*, p. 8.

¹⁶⁷ Pérez Luño, Antonio Enrique, "Seguridad Jurídica", *El derecho y la justicia*, España, Trotta S.A., 2000, p. 481, *cit. pos.*, Gallego Marín, Carlos Arturo,, "El concepto de seguridad jurídica en el Estado social", *Jurídicas*, Manizales, Colombia, vol. 9, núm. 2, julio-diciembre de 2012, p. 72, [http://190.15.17.25/juridicas/downloads/Juridicas9\(2\)_6.pdf](http://190.15.17.25/juridicas/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf)

principio, que representa el orden jurídico, en pocas palabras se trata de demostrar que las normas son eficaces y al cumplir sus objetivos se tutelan diversos valores, en este sentido la seguridad jurídica emana de la norma misma al ser cumplida.

B. Como norma

La segunda de estas visualizaciones se centra en determinar que la seguridad jurídica es la norma en sí misma, lo cual se resume al señalar Kelsen que:

Cuando el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales la coacción, como fuerza física, debe ser ejercida, así como los individuos que deben hacerlo, protege a los individuos en él sometidos contra el uso de la fuerza por parte de otros individuos. Cuando esa protección alcanza cierta medida mínima se habla de seguridad colectiva, en cuanto que es garantizada por el orden jurídico como orden social.¹⁶⁸

Es por esto que se visualiza a la seguridad jurídica como seguridad personal en esta segunda forma, dado que al entender a la seguridad jurídica ya no emanada de la norma, sino siendo esta misma, que a su vez se traduce en derechos y obligaciones es por ende que repercute de forma personal en el individuo tutelando sus intereses o libertad de manera objetiva.

C. Como certeza

Finalmente la tercera forma de concebir a la seguridad jurídica es como certeza de la legalidad misma, es decir, de conocer las consecuencias jurídicas que acarrea la norma misma y de las formas en que se protegen los intereses que velan

¹⁶⁸ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Barcelona, Bosh, 1971, p. 50, *cit. pos.*, *Íbidem*, p. 76.

dichas normas, siendo esta la forma clásica en que se entiende a la seguridad jurídica en la práctica. Por ello Pérez Luño, define en este sentido como:

Un valor estrechamente ligado a los Estados de derecho que se concretan en exigencias objetivas de corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). Junto con esta dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva, encarnada por la certeza del derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales.¹⁶⁹

Asimismo, Escudero señala que:

La Seguridad Jurídica es la exigencia de que los sistemas jurídicos contengan los instrumentos y mecanismos necesarios para que los sujetos obtengan una cierta garantía sobre cómo van a ser las normas jurídicas que rigen sus conductas, y cuáles serán las que se apliquen a cada una de las mismas.¹⁷⁰

En este orden de ideas, cabe señalar que nuestro sistema jurídico se sitúa en esta última visualización, ya que el párrafo segundo del artículo 17 constitucional evidentemente señala la garantía a la seguridad jurídica, al referir textualmente lo siguiente:

Artículo 17. [...]

¹⁶⁹ Pérez Luño, Antonio Enrique, "Seguridad Jurídica", *El derecho y la justicia*, España, Trotta S.A., 2000, p. 483, *cit. pos.*, *Íbidem*, p. 78.

¹⁷⁰ Escudero Alday, Rafael, *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2000, p. 502, *cit., pos., ídem*.

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.¹⁷¹

Aunque este artículo contiene primordialmente lo que Pérez Luño señalaba líneas arriba en su concepto como la corrección funcional de la seguridad jurídica, dado que la otra parte, es decir la corrección estructural, se entiende por el resto de derechos y obligaciones contenidas en la norma y especialmente en la Constitución como lo señala B. Villegas, al referir:

Las doctrinas actualmente dominantes tienden a considerar como esencia de la seguridad jurídica, la susceptibilidad de previsión objetiva por los particulares, de sus propias situaciones jurídicas, de modo tal que puedan tener una precisa expectativa de sus derechos y deberes, de los beneficios que les serán otorgados o de las cargas que habrán de soportar. Así, la seguridad jurídica se expresa prácticamente en la previsibilidad de la actuación estatal. Dalmo Dallari sustenta estos conceptos con claridad meridiana:

Siendo legítima y auténtica, la Constitución contendrá las reglas básicas de convivencia, inspiradas en la propia vida del pueblo y expresadas con los derechos y deberes fundamentales. Siendo así, aquél se guiará por la Constitución, sabiendo claramente lo que puede, lo que no puede y lo que debe hacerse. Nadie será sorprendido por la invocación de un derecho o de una obligación conocidos únicamente por algunos o que

¹⁷¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2018.

resulten de difícil comprensión.¹⁷²

4. Consideraciones de la seguridad jurídica frente al Estado constitucional

No obstante de haber señalado que nuestro sistema jurídico es partidario del concepto de seguridad jurídica como certeza, no debe pasar desapercibido que el Estado Mexicano se presenta como un Estado Constitucional; sin embargo, no se aprecia el completo cambio a esta modalidad estatal, dado que al ser un Estado de este tipo, el concepto de seguridad jurídica tendría que cambiar y ser visto como un principio, pero un principio fundamental, ya que si simplemente se le señala como principio, se caería en el error de considerar que la seguridad jurídica es un principio de un principio, el de legalidad, ya que recordemos que estos conceptos van hermanados y aquella deriva de esta. Pues bien, al considerar a la seguridad jurídica un principio implica verla como un mecanismo garante de los valores fundamentales en los que se funda el Estado y por ende esto tendría como consecuencia su desarraigo de la norma, al ser superior a esta. En este sentido la seguridad jurídica se conseguiría “cuando el Derecho protege en forma eficaz un conjunto de intereses de la persona humana que se consideran básicos para una existencia digna”.¹⁷³

Y no obstante que dicha función es realizada por los juzgadores con los llamados controles de constitucionalidad o de convencionalidad tanto difusos como concentrados, lo cierto es que ello no es conocido como seguridad jurídica, o al menos no descarta la otra concepción de seguridad jurídica que se señaló anteriormente. Por ello creemos prudente atender al concepto referido en el

¹⁷² Villegas, Héctor B., "El contenido de la seguridad jurídica", *Impuestos*, España, núm. 3, noviembre-diciembre de 1993, p. 33, <https://studylib.es/doc/7744989/el-contenido-de-la-seguridad-jur%C3%ADdica>

¹⁷³ Latorre, Ángel, *Introducción al derecho*, Bacelona, Ariel, 1976, p. 48, *cit. pos.*, Gallego Marín, Carlos Arturo, *op. cit.*, p.85.

apartado C y no al que se pretende utilizar desde el punto de vista del Estado Constitucional.

5. Modelos de seguridad jurídica

Una vez analizada la naturaleza jurídica de la seguridad jurídica, es indispensable conocer los métodos a través de la cual se garantiza la misma en el ámbito del derecho privado. De tal guisa que si prestamos atención, advertiremos que se trata de otro enfoque respecto a la eficiencia de los sistemas de transferencia. Dicho esto procedamos a su estudio.

A. Modelo A posteriori o de la reparación del daño

Se refiere al sistema jurisdiccional por excelencia, ya que cuando la norma misma no puede anticipar las consecuencias jurídicas de las acciones humanas, un juez a través de mecanismo de interpretación y sistematización, evita que la seguridad jurídica se disperse y pierda su sentido, por lo que subsana cualquier laguna o contradicción que conlleve a la pérdida de seguridad jurídica, por lo que se considera que lo que intenta este modelo es recuperarla una vez perdida esta.

El titular siempre está protegido ante una perturbación no porque se le vaya a evita o se le vaya a reponer el estado en que se encontraba antes de la misma, sino porque se le va a indemnizar de los perjuicios económicos que sufre. El tratamiento de la seguridad jurídica en este sistema siempre es a posteriori.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Oropeza Barbosa, Antonio, "La seguridad jurídica en el campo del derecho privado", *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*, Puebla, año I, núm. 2, enero-junio de 2000, p. 73.

B. Modelo latino o a priori

Este modelo de seguridad privada en Derecho privado se constituye principalmente de la función notarial y registral e intentan eliminar o aligerar la carga del modelo a posteriori que como se dijo se representa esencialmente por los tribunales al dirimir las controversias, bajo la crítica de que no debe recuperarse la seguridad jurídica perdida, sino prevenir nunca perderla, por ello Oropeza señala que en este modelo:

La seguridad jurídica se pretende obtener a través de un mecanismo preventivo de documentación, ofrece unas garantías que hace que las posibles controversias de las relaciones de los particulares no surjan, y si esto no se llegara a lograr completamente, entonces se incrementa la posibilidad de superar y abreviar las controversias judiciales. En este sistema cuyo ejemplo más típico lo constituyen los países de corte latino como el nuestro, la seguridad jurídica se obtiene previamente, es decir, a priori.¹⁷⁵

C. Modelo anglosajón o preventivo de amenaza

Se trata de un modelo contradictorio del modelo reparativo, dado que no trata de conservar y restaurar la seguridad jurídica en un segundo momento, sino que lo hace con antelación, es similar al modelo latino, ya que:

Se obtiene seguridad jurídica porque la conducta de los ciudadanos responde a un auténtico temor ante la reacción de los tribunales y cuyas consecuencias, que pueden ser penales, hacen que las relaciones económicas, se respeten. En este sistema cuyo ejemplo típico es el anglosajón, la seguridad jurídica privada se contempla desde un punto

¹⁷⁵ *Ídem.*

de vista judicial-preventivo: la amenaza de la pena constituye la prevención, por su efecto ejemplificador y disuasorio.¹⁷⁶

La conclusión principal de este apartado V es que la propiedad debe permitir la exclusión perfecta al menor costo posible, pero permitiendo, paralelamente, que los terceros estén en la posibilidad de conocer del derecho del que han sido excluidos¹⁷⁷

Asimismo finaliza Martínez Velencoso exponiendo que:

En conclusión, el principio de seguridad jurídica obliga al adquirente, para que su adquisición sea válida, a constatar que el disponente es el titular del derecho y de que su adquisición, a su vez, iba precedida de una cadena de disposiciones. Por otro lado, el principio de seguridad del tráfico, limita la información relevante para la adquisición válida del derecho, permitiendo la adquisición *a non domino*. La primera regla proporciona un incentivo al adquirente para que verifique que el transmitente es el verdadero dueño del bien, mientras que la segunda proporciona un incentivo a los propietarios para que se protejan frente al despojo.¹⁷⁸

VI. EL TEOREMA DE COASE

Ronald H. Coase a través de su artículo El problema del Costo Social, fue quién dio pauta al Análisis Económico del Derecho, texto en el que además se

¹⁷⁶ *Ídem*.

¹⁷⁷ Bullard Gonzalez, Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, Palestra Editores, 2003, pp. 147, 149-150, *cit. pos*, Gaona, Abad, Katty Isadora, *op. cit.*, pp.215-216.

¹⁷⁸ Martínez, Velencoso, Luz M., *op. cit.*, p. 9.

desarrolla el Teorema de Coase, que refiere que “en la medida que los costos de transacción sean bajos o inexistentes y que los derechos de propiedad establecidos en los fallos judiciales no permitan una solución económica eficiente, se producirá una reasignación de estos derechos hacia aquellos que los valoran más, aunque las cortes fallen en contra de éstos.”¹⁷⁹

En este sentido debemos entender que el primero de los elementos o requisitos que se necesitan para llevar a cabo el teorema de Coase, implica que los derechos de propiedad se encuentre bien definidos, en otras palabras se refiere a que todos los bienes o recursos, económicamente hablando, tengan titular cierto y dicha titularidad sea clara en las limitaciones del aprovechamiento del recurso y de la forma en que dichas limitaciones pueden ser inobservadas.¹⁸⁰

Ahora bien, cuando se hablan de costos de transacción, se refiere al importe de las negociaciones, preparaciones o cualquier otro acto tendiente a la concretización de la transferencia de propiedad, asimismo pueden referirse al establecimiento y mantenimiento de la propiedad.¹⁸¹

Así las cosas y bajo la premisa de que el intercambio voluntario de los bienes redistribuye la propiedad que pasa de un individuo que la valora menos a otro que la valora más,¹⁸²Coase presenta su teorema.

Como se analizó en el apartado correspondiente, recordemos que este teorema es una forma de hipótesis económica, donde encontramos como supuestos: el hecho de que se causara daños a terceros o externalidades, así como

¹⁷⁹ Coase, Ronald H., " El problema del costo social", *Estudios Públicos*, Santiago, núm. 45, 1992, p. 81.

¹⁸⁰ *Cfr.*, Martínez, Velencoso, Luz M., *op. cit.*, p. 4.

¹⁸¹ *Cfr.*, *Íbidem*, pp. 5.

¹⁸² *Íbidem*, p. 4.

la existencia de un sistema de precios, un sistema legal, etc.,¹⁸³ mientras que como lenguaje podemos encontrar términos como: costo social, costo privado, costo de transacción, externalidades, derechos de propiedad, entre otros¹⁸⁴, y finalmente las condiciones; las cuales se aprecian en la explicación del teorema de Coase realizadas inicialmente.

Atento a lo anterior, recordemos que en apartados anteriores analizamos la forma de establecer las titularidades y de resguardarlas, así como las formas en que los sistemas de transferencia de propiedad promueven la disminución de los costos de transacción y la seguridad jurídica, así como de tráfico. Siendo estos elementos los esenciales para determinar el desarrollo del teorema en análisis.

De acuerdo con Coase, el Estado benefactor hace que la responsabilidad por daños pudiera ser impune, cuando una empresa pública es la generadora de daños, al intervenir el Estado en nombre del bien público, pero no lo ve igual cuando la empresa es privada; por lo tanto, no se trata de restringir el derecho del causante de los daños, ni de darle inmunidad, sino de evaluar si la ganancia por evitar un daño es mayor que la pérdida que se sufriría por los costos de detener la acción que genera el daño.¹⁸⁵ Asumiendo de tal forma ambas partes el daño en general para una asignación óptima de los recursos o para maximizar el beneficio de ambas partes sin que la afectada sea una sola de las partes.

Cuando Coase habla del problema del costo social, se refiere a que en el Estado Benefactor y en específico bajo la teoría de Pigou en *Economics of Welfare*, el producto social se impone ante el producto privado, a pesar de que el producto total pudiera ser superior guiándose por el producto privado, lo anterior lo ilustra con el ejemplo del semáforo, donde señala que en un sistema en donde el no obedecer

¹⁸³ Cfr., Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, pp. 215 y 217.

¹⁸⁴ Cfr., *Íbidem*, p. 215.

¹⁸⁵ Cfr., Coase, Ronald H., *op. cit.*, pp. 113-114.

la señal de alto en un semáforo se sanciona con el pago de una multa, en este orden de ideas, si un automovilista se detiene en cuanto el semáforo se torna rojo y advierte que no existe ningún automóvil que se acerque por ningún lado, el avanzar aún con la luz roja le ahorraría tiempo y representaría un beneficio para él, siendo así el producto total mayor; pero ante el sistema de multas, si avanza, la multa que pagará se torna un costo mayor a la ganancia o beneficio que obtendrá de llegar más temprano al desobedecer la señal del semáforo.¹⁸⁶

En esta tesitura se dice que “el producto privado es el valor del producto adicional resultante de la actividad particular de un negocio. El producto social es igual al producto privado menos la disminución en el valor de la producción en otra parte, por la que no paga una compensación el propietario del negocio”.¹⁸⁷

La teoría de Pigou se basa en la comparación del producto privado y el producto social, por lo que señala que quién causa daños debe ser responsable de su compensación, siendo su solución a las externalidades negativas el pago de impuestos y a las externalidades positivas el otorgamiento de subsidios. Coase por el contrario señala que no importa en si el causante de la externalidad negativa debe o no pagar por los perjuicios ocasionados con su actividad, pues en lo que debe enfocarse es en internalizar las externalidades sin importar quién generó el daño, teniendo como objetivo siempre, la maximización del producto social. Critica además que la solución de Pigou es inefectiva, dado que el cobro de impuestos no necesariamente cubre los daños totales ocasionados y el pago no llega directamente a los afectados.¹⁸⁸

Ahora bien, para comprender en mejor medida que no necesariamente quién sufre un daño debe ser compensado como habitualmente se estila, ejemplifiquemos

¹⁸⁶ Cfr., *Íbidem*, p. 122.

¹⁸⁷ *Íbidem*, p. 129.

¹⁸⁸ Cfr., *Íbidem*, pp. 128-131.

lo siguiente:

Supongamos que un spa con ganancias de \$2500, ve reducidas éstas a \$1600, por la instalación contigua de una escuela de música, cuyas ganancias ascienden a \$1500.

Asimismo, la reubicación de la escuela de música reducirá sus ganancias a \$1100, mientras que la reubicación del spa reduciría sus ganancias a \$1800.

En este orden de ideas, de favorecerse el derecho de la escuela de música, el spa podrá optar por reubicarse o intentar negociar con la escuela para que esta sea quien se reubique. Así las cosas, si el spa opta por reubicarse, el producto total terminará siendo de \$3300; sin embargo, si opta por negociar, la escuela no aceptará menos de \$400 por reubicarse y el spa no ofrecerá más de \$700 para conservar su ubicación y la escuela se mude. En el ejemplo en cuestión, supongamos que pactan un arreglo por \$550 para que el spa mantenga su ubicación y la escuela se mude. De esta manera el producto total terminará siendo de \$3600

Ahora bien, si el derecho favorecido es el del spa; la escuela de música podrá reubicarse lo que le originará ganancias únicamente por \$1100, y el spa terminará ganando los \$2500 originales, dando como resultado un producto total de \$3600. Sin embargo, si la escuela optara negociar con el spa, el spa no aceptaría un pago menor de \$700 por relocalizarse, y la escuela no pagaría más de \$400 por mantener su ubicación. Por lo que en el ejemplo que analizamos, no existiría negociación.

Y en realidad no importa que la escuela de música cause el daño, puesto que en el supuesto de que la escuela de música no pueda reubicarse por cualquier circunstancia, ya sea por ejemplo porque la reubicación necesite de una renta de la cual no necesitaba en el anterior local, haciendo que los costos de producción superen a los ingresos, entonces la escuela de música optará por cerrar, lo que daría como resultado que el producto total solo fueran \$2500 referidos únicamente

a las ganancias del spa.

De lo anterior observamos que no importa quien tenga la titularidad inicial, está siempre pasará a quién la valore más, y no necesariamente implica que se pague los daños ocasionados si el producto total se maximiza. Asimismo, no debe perderse de vista que en el segundo supuesto expuesto, se valorará cualquier otra alternativa que se encuentre dentro de lo que el sujeto A desea aceptar y el sujeto B pagar, eligiendo la menos costosa.

Esta teoría se adecua como un criterio distributivo de los derechos de propiedad, no sólo en términos de eficiencia económica, sino en términos de justicia, puesto que se vuelve imparcial al dejar de lado las particularidades de cada una de las partes involucradas en una controversia, procurando un bienestar en general o en sumatoria, respecto a las pérdidas y ganancias de ambas partes. Por ello es importante tenerla presente, ya que si bien, los jueces no pueden utilizar este criterio uniformemente, por las consideraciones señaladas en títulos anteriores, lo cierto es que puede utilizarse para analizar el sistema de propiedad a través de la política jurídica.¹⁸⁹ De esta manera haciendo uso del Teorema de Coase y la política jurídica puede analizarse la eficacia del sistema de transferencia de propiedad actual y de la usucapión, como pretendemos hacer más adelante en la presente investigación.

¹⁸⁹ Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, pp. 66-71.

CAPÍTULO TERCERO

ASPECTOS LEGALES DE LA USUCAPIÓN Y LA *ADVERSE POSSESSION*

I. INFLUENCIAS EN EL MARCO LEGAL MEXICANO RESPECTO A LA USUCAPIÓN

Sabemos que la tarea de codificar el Derecho civil en México, inició con el Código Civil de Oaxaca, siendo el primero en su especie después de la guerra de Independencia, y promulgado entre 1827 y 1829. De bases francesas, puesto que se encontraba inspirado en el código de Napoleón.¹⁹⁰

El siguiente código civil vigente por un tiempo considerable, fue el elaborado por Justo Sierra para el Estado de Veracruz en 1861, que se encontraba basado en las concordancias, motivos y comentarios del código civil español, escrito por Florencio García Goyena, el código civil francés, las Leyes de Reforma, la Constitución de 1857, el código civil de Louisiana y la Ley del Matrimonio Civil de 1859. Asimismo este código se revisó a nivel nacional y en la época del Imperio de Maximiliano se publicaron los dos primeros libros de cuatro.¹⁹¹

De igual forma en Veracruz se adoptó un nuevo código creado por el entonces presidente del Tribunal Supremo, Fernando Corona en 1868.

Por su parte en el Distrito Federal y territorio de Baja California, se promulgo su respectivo código civil en 1870, basado en el Código Civil del Imperio Mexicano

¹⁹⁰ Cfr., Cruz Barney, Óscar, *La codificación en México: 1821-1917: una aproximación*, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 50, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1335-la-codificacion-en-mexico-1821-1917>.

¹⁹¹ Cfr., *Íbidem*, pp.55-56.

y en el elaborado por Justo Sierra, y dos años más tarde se expidió su correspondiente código de procedimientos civiles. Tras varias revisiones, correcciones y análisis a estos últimos códigos, se publicaron sus nuevas versiones en 1884.¹⁹²

Posteriormente durante el porfiriato se dictó el Código Federal de procedimientos Civiles en 1896, siendo reformado en 1908, para finalmente dictarse uno nuevo en 1942 que es el vigente al momento.¹⁹³

Por su parte la codificación sustantiva se obtuvo hasta 1928, debido a los cambios que implicaba la constitución de 1917, con lo que se creó el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, el cual estuvo influenciado por los respectivos códigos, suizos, español, alemán, francés, ruso, chileno, argentino, brasileño, guatemalteco y uruguayo, y desde luego el código antecesor de 1884 que se basaba en el de 1870, el cual a su vez estaba influenciado por el código portugués de 1867, la Ley Hipotecaria española de 1869, los códigos francés, cerdeño, austriaco, holandés, entre otras fuentes doctrinales.

Fue hasta el año 2000 que se le cambió la denominación a Código Civil para el Distrito Federal y Código Civil Federal.¹⁹⁴

Una vez puesta en perspectiva la evolución de nuestra codificación civil, parece preciso enfocarnos en el tema que nos ocupa, es decir, lo relativo a la prescripción positiva en un nuestra legislación.

Así las cosas, en un primer acercamiento, observemos el texto vigente del

¹⁹² Cfr., *Íbidem*, pp.58-59.

¹⁹³ Cfr., *Íbidem*, p. 63.

¹⁹⁴ Cfr., *Íbidem*, pp.64-66.

Código Civil Para el Distrito Federal, ya que es precisamente este el sucesor del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928.

Observemos en particular sus artículos 1135, 1136, 1151, 1152 y 1153, del tenor:

Artículo 1135. Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley.

Artículo 1136. La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva; la liberación de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa.

Artículo 1151. La posesión necesaria para prescribir debe ser:

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

Artículo 1152. Los bienes inmuebles se prescriben:

- I. En cinco años, cuando se poseen en concepto de propietario, con buena fe, pacífica, continua y públicamente;
- II. En cinco años, cuando los inmuebles hayan sido objeto de una inscripción de posesión;
- III. En diez años, cuando se poseen de mala fe, si la posesión es en concepto de propietario, pacífica, continua y pública;
- IV. Se aumentará en una tercera parte el tiempo señalado en las fracciones I y III, si se demuestra, por quien tenga interés jurídico en ello, que el poseedor de finca rústica no la ha cultivado durante la mayor parte

del tiempo que la ha poseído, o que por no haber hecho el poseedor de finca urbana las reparaciones necesarias, ésta ha permanecido deshabitada la mayor parte del tiempo que ha estado en poder de aquél.

Artículo 1153. Los bienes muebles se prescriben en tres años cuando son poseídos con buena fe, pacífica y continuamente. Faltando la buena fe, se prescribirán en cinco años.¹⁹⁵

Ahora bien, comparemos los artículos vigentes arriba transcritos con los correspondientes del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928, cuyos numerales son los mismos y que literalmente establecían:

Artículo 1,135. Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley.

Artículo 1,136. La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva; la liberación de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa.

Artículo 1,151. La posesión necesaria para prescribir debe ser:

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

Artículo 1,152. Los bienes se prescriben:

- I.- En cinco años cuando se poseen en concepto de propietario, con

¹⁹⁵ *Código civil para el Distrito Federal, Ciudad de México, 2018.*

buena fe, pacífica, continua y públicamente;

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

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

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

Artículo 1,153. Los bienes muebles se prescriben en tres años cuando son poseídos con buena fe, pacífica y continuamente. Faltando la buena fe, se prescribirán en cinco años.¹⁹⁶

De lo anterior observamos que entre estos dos códigos median 90 años y se conserva la literalidad respecto a la misma figura.´

Ahora bien, como vimos a inicios de este capítulo, esta última codificación tiene como base la codificación de 1884 que no es otra sino la de 1870 elaborada por Justo Sierra y a su vez esta última se basó en los respectivos códigos civiles de Francia, Cerdeña, Austria, Holanda, Portugal de 1867, y el proyecto de García Goyena de 1851, entre otras fuentes, mientras que al elaborar el código de 1928 se analizaron los códigos civiles, nuevamente de Francia que data desde 1804 y Holanda de 1838; así como los respectivos de Suiza de 1907, España de 1889, Alemania de 1900, Rusia de 1922, Chile de 1855, Argentina de 1869, Brasil de 1916, Guatemala de 1877 y Uruguay de 1868.

¹⁹⁶ Código civil para el Distrito y territorios federales en materia común y para toda la república en materia federal, D.F., Talleres Gráficos de la Nación, 1928.

Técnicamente todas las codificaciones anteriormente señaladas tienen como base el código napoleónico de 1804, unas en mayor medida que en otras, y unas de forma indirecta al tomar como base otros códigos que a su vez tienen como suya el citado código francés.

Así las cosas aquellos códigos en los que podemos colegir una influencia obvia sería por ejemplo en el código de Luisiana que fuera un territorio vendido a Estados Unidos por Napoleón, o en el primer código civil de México que fuera el de Oaxaca entre 1827 y 1829, que no es sino una copia de este, pero que en el tema que nos ocupa no representa antecedente alguno, puesto que este código dejó inconclusa la parte de la prescripción.¹⁹⁷

Por su parte podemos apreciar una influencia indirecta en los códigos de Perú de 1852, de Chile de 1855, así como de muchas legislaciones americanas que tomaron influencia de otros códigos, pero que se encontraban influenciados por el código francés, tales como aquellos que se influenciaron por el proyecto de código civil de Florencio García Goyena en España de 1852, que en lo particular fue tomado en cuenta al momento de elaborar el Código Civil del Imperio Mexicano de 1869 y el Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1870, como se planteara en párrafos que anteceden.¹⁹⁸

Por lo anterior parece relevante conocer el texto original del código francés o de Napoleón de 1804, en cuanto hace a la prescripción, apreciando en su artículo 2219, lo siguiente: "*La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un*

¹⁹⁷ Cfr., Guzmán Brito, Alejandro, "La influencia del código civil francés en las codificaciones americanas", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile, núm. 27, julio, 2006, pp. 27, 37, 38, 41-43.

¹⁹⁸ Cfr. *Íbidem*, pp. 54-58.

certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi".¹⁹⁹ (La prescripción es un medio para adquirir o liberarse a sí mismo por un cierto período de tiempo y bajo las condiciones determinadas por la ley).

En esa tesitura, lo consiguiente sería analizar el sendo artículo correspondiente al código civil para el Distrito federal y territorio de la Baja California de 1884, siendo este el marcado con el numeral 1059, del tenor: "Prescripción es un medio de adquirir el dominio de una cosa ó de librarse de una carga ú obligación, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley."²⁰⁰

Como observamos, la redacción del artículo anterior es muy parecida a la del de 1928 y al vigente, claramente al ser este su antecesor y predecesor del de 1870; sin embargo, podemos ver que estas redacciones son semejantes a la del código francés de 1804 pero no específicamente idénticas. En cuanto a los términos el código de 1884, exige 10 y 20 años en inmuebles, acciones y derechos reales, así como servidumbres y 3 o 10 años para muebles, en sus artículos 1086 y 1088, mientras que el código francés señala los mismos 10 y 20 años para inmuebles únicamente, y 3 años para los muebles, en los artículos 2265 y 2279.

Además hay que acotar que el Código de Napoléon sigue lo que se ha denominado la teoría unitaria de la prescripción, mientras que nuestro código adopta la teoría dualista de la prescripción, ya que en el código de 1884 podemos advertir

¹⁹⁹ *Code Civil des Français. Édition originale et seule officielle*, París, De L'imprimerie de la République, 1804, p 545, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f2.item.langFR>

²⁰⁰ *Código civil del Distrito Federal y territorios de Tepic y Baja California. Promulgado en 31 de marzo de 1884*, Edición anotada, concordada y puesta al día por el Lic. Antonio de J. Lozano. Notario público, México, Guía Práctica de Derecho, 1902, Colección de códigos mexicanos vigentes, p. 224.

la diferencia entre prescripción positiva y negativa en su artículo 1060, mientras que el código napoleónico no hace distinción alguna, esto lo explica Victor-Napoleón Marcadé, de la siguiente forma:

*Le Code Napoléon, enfin, non content de définir la prescription, dans notre article, un moyen d'acquérir ou de se libérer, a déjà pris soin, en énumérant d'une part les manières d'acquérir le propriété, dans les art. 711 at 712, et d'autre part les causes d'extinction des obligations dans l'art. 1234, de ranger la prescription parmi les unes et parmi les autres.*²⁰¹ (El Código Napoleón, finalmente, no satisfecho con la definición de la prescripción, en nuestro artículo, un medio de adquisición o liberación, ya se ha ocupado, enumerando por un lado las formas de adquisición de propiedad, en el art. 711 a 712, y por otro lado las causas de extinción de obligaciones en el art. 1234, para organizar la prescripción entre los unos y los otros).

Otra diferencia entre estos códigos, es que si bien los tiempos son similares en cuanto a los inmuebles, el código de 1884 hace distinción entre plazos de acuerdo a la buena o mala fe, mientras que el código napoleónico lo hace en cuanto al domicilio en que se encuentre el propietario, según su artículo 2265, del tenor: "Celui qui acquiert de bonne foi, et par juste titre, un immeuble, en prescrit la propriété par dix ans, si le véritable propriétaire habite dans le ressort du tribunal d'appel dans l'étendue duquel l'immeuble est situé; et par vingt ans, s'il est domicilié hors dudit ressort".²⁰² (Una persona que adquiere de buena fe, y por una buena

²⁰¹ Marcadé, Victor-Napoleón, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon. Prescription*, 6a. ed., París, Delamotte, administrateur du repertoire de l'enregistrement, 1867, t. XII, p. 6.

²⁰² *Code Civil des Français. Édition originale et seule officielle*, París, De L'imprimerie de la République, 1804, p 554, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f2.item.langFR>

razón, un inmueble, prescribe la propiedad por diez años, si el verdadero propietario vive dentro de la jurisdicción del tribunal de apelación en la medida en que se encuentra el inmueble; y por veinte años, si está domiciliado fuera de esa jurisdicción.)

Ahora bien, como lo mencionamos en párrafos que anteceden, el Código de 1884 no es otro que una versión corregida del de 1870, y que este último tuvo por influencia entre otros el código civil portugués de 1867 y el proyecto de código civil para España de Florencio García Goyena de 1851, al respecto, analicemos la forma en que conceptualizan estos códigos a la prescripción y sus términos.

Por cuanto hace al proyecto de García Goyena, encontramos en su artículo 1933 que: “La prescripción es un medio de adquirir un derecho ó libertarse de una obligación por el lapso de tiempo, y bajo las condiciones determinadas por la ley.”²⁰³, mientras que en sus artículos 1953 y 1962, establece los plazos para prescribir bienes inmuebles y muebles, de la siguiente forma: “ART. 1953.- La propiedad de bienes inmuebles ú otros derechos reales, se adquiere por la posesión de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título. ART. 1962.- La propiedad de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años, con justo título y buena fe.”²⁰⁴

Por su parte en el código civil portugués de 1867, en sus artículos 505, 526 y 532, establece:

ARTIGO 505. Pelo facto da posse adquirem-se cousas e direitos, assim como se extinguem obrigações pelo facto de não ser exigido o seu cumprimento. A lei determina as condições e o lapso de tempo, que são

²⁰³ García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Zaragoza, Cometa, 1974, p. 997.

²⁰⁴ *Íbidem*, pp. 1004 y 1009.

necessarios, tanto para uma como para outra coisa. Chama-se a isto prescrição. (ARTÍCULO 505. Por el hecho de la posesión se adquieren cosas y derechos, así como se extinguen obligaciones por el hecho de no ser exigido su cumplimiento. La ley determina las condiciones y el lapso de tiempo, que son necesarios, tanto para una como para otra cosa. Se llama a esto prescripción.)

§ unico. A aquisição de cousas ou direitos pela posse diz-se prescrição positiva; a desoneração de obrigações pela não exigencia do seu cumprimento diz-se prescrição negativa. (§ único. La adquisición de cosas o derechos por la posesión se dice prescripción positiva; la exoneración de obligaciones por la no exigencia de su cumplimiento se dice prescripción negativa.)

ARTIGO 526. Os immoveis e os direitos imobiliarios podem ser prescriptos: (ARTÍCULO 526. Los inmuebles y los derechos inmobiliarios pueden ser prescriptos:)

1.º No caso do registo de mera posse, por tempo de cinco annos;
(1. En el caso del registro de mera posesión, por tiempo de cinco años;)

2.º No caso do registo do titulo de aquisição, por tempo de dez annos, contados em ambos os casos desde a data do registo. (2. En el caso del registro del título de adquisición, por un período de diez años, contados en ambos casos desde la fecha del registro.)

ARTIGO. 532. As cousas moveis podem ser prescriptas pela posse de tres annos, sendo continua, pacífica, e acompanhada de justo titulo e boa fé, ou pela de dez, independentemente da boa fé e justo titulo. (ARTÍCULO 532. Las cosas móviles pueden ser prescriptas por la posesión de tres años, siendo continua, pacífica, y acompañada de justo título y buena fe, o por la de diez, independientemente de la buena fe y

justo título).²⁰⁵

Además en sus artículos 527 y 528, se dice que tratándose de inmuebles o derechos inmobiliarios, aun faltando el registro de posesión o de adquisición, se podrá prescribir por el plazo de 15 años, o en su caso sumar diez años a cada uno de los supuestos del artículo 526 para que no se pueda alegar mala fe o falta de título.

De esta manera observamos que el código civil de 1884 mantiene los tiempos del código francés y que también mantuviera el proyecto de García Goyena, para cuestiones inmobiliarias, pero los adecua con la buena y mala fe, tal y como se aprecia de forma difusa en el código portugués de 1867.

Por cuanto hace a la definición, la redacción es idéntica a la del código de Guatemala de 1877 y aunque este se basara en el código civil peruano de 1852,²⁰⁶ no toma su redacción, y si bien podríamos profundizar más en que otra legislación pudo haberse basado la guatemalteca para definir de dicha forma a la prescripción o si es original de esta nación, es preferible dejarlo para un estudio subsecuente y concentrarnos en el antecedente más próximo que es el código inicialmente señalado en este párrafo, que en su artículo 629, refiere: “Prescripción es un medio de adquirir el dominio de una cosa ó de librarse de una carga ú obligación mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley”.²⁰⁷

Asimismo, es idéntica la descripción de la teoría dualista de la prescripción

²⁰⁵ *Código civil portugués. Aprobado por carta de lei de 4 de julio de 1867*, 2a. ed., Lisboa, Imprensa Nacional, 1868, pp. 95, 98 y 99.

²⁰⁶ *Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, op. cit.*, p. 58.

²⁰⁷ *Código civil de la República de Guatemala 1877*, Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores, 1880, Colección de Códigos Civiles Americanos y Europeos, t. III, p. 35.

entre los códigos de 1884 y el guatemalteco de 1877, de tal guisa, que en el artículo 1060 del el Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1884, refiere: “La adquisición de cosas ó derechos en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva: la exoneración de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa.”²⁰⁸, mientras que en el referido código guatemalteco, se encuentra en el artículo 630, únicamente difiriendo con la palabra “exhoneración”.²⁰⁹

Por último, encontramos que bien se podría profundizar en el análisis del código mexicano que nos ocupa, por cuanto hace a la redacción, requisitos y elementos que comprende toda la figura de la prescripción positiva, pero no es nuestro objetivo elaborar un análisis exhaustivo sobre la historia codificadora de la prescripción, sino simplemente se hace de manera ilustrativa a efecto de entender la influencia que recibe nuestra concepción de la prescripción positiva sobre inmuebles y con ello, aunado a lo abordado en el capítulo II del presente trabajo, poder comprender en que momento nos encontramos y de dónde venimos, por cuanto hace a la figura en cuestión.

Por ende, una vez analizadas las influencias que tuviera el Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1884, retornemos al análisis de la conceptualización contemporánea de la prescripción y de los plazos para la prescripción positiva, que contempla el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928 y que como analizáramos en puntos anteriores, es idéntica a la que se encuentra

²⁰⁸ *Código civil del Distrito Federal y territorios de Tepic y Baja California. Promulgado en 31 de marzo de 1884, Edición anotada, concordada y puesta al día por el Lic. Antonio de J. Lozano, notario público, México, Guía Práctica de Derecho, 1902, Colección de códigos mexicanos vigentes, p. 225.*

²⁰⁹ *Código civil de la República de Guatemala 1877, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores. 1880, Colección de Códigos Civiles Americanos y Europeos, t. III, p. 35.*

vigente en el Código Civil Para el Distrito Federal. En este sentido, hagamos un breve análisis de los principales artículos de la prescripción, respecto a lo que nos resulta relevante para el presente estudio.

Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1884	Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928
Art. 1059. Prescripción es un medio de adquirir el dominio de una cosa ó de librarse de una carga ú obligación, mediante el transcurso del tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley.	Artículo 1,135. Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley.
Art. 1060. La adquisición de cosas ó derechos en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva: la exoneración de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa.	Artículo 1,136. La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva; la liberación de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa.
Art. 1079. La posesión necesaria para prescribir debe ser: I. Fundada en justo título: II. De buena fe: III. Pacífica: IV. Continua: V. Pública.	Artículo 1,151. La posesión necesaria para prescribir debe ser: I.- En concepto de propietario; II.- Pacífica; III.- Continua; IV.- pública.
Art. 1086. Todos los bienes inmuebles se prescriben con buena fe en diez años y con mala fe en veinte, salvo lo dispuesto en el art. 1070. Art. 1087. En los mismos plazos y con las mismas condiciones que establece el artículo anterior, se adquieren por prescripción los derechos y acciones reales, incluso las servidumbres voluntarias.	Artículo 1,152. Los bienes se prescriben: I.- En cinco años cuando se poseen en concepto de propietario, con buena fe, pacífica, continua y públicamente; II.- En cinco años, cuando los inmuebles hayan sido objeto de una inscripción de posesión; III.- En diez años, cuando se poseen de mala fe, si la posesión es en concepto de propietario, pacífica, continua y pública; IV.- Se aumentará en una tercera parte el tiempo señalado en las fracciones I y III, si se demuestra, por quien tenga interés jurídico durante la mayor parte del tiempo que la ha poseído, o que por no haber hecho el poseedor de finca urbana las reparaciones necesarias, ésta ha permanecido deshabitada la mayor parte del tiempo que ha estado en poder de aquél.
Art. 1088. Las cosas muebles se prescriben en tres años si la posesión es continua, pacífica, y acompañada de justo título y buena fe; ó en diez años, independientemente de la buena fe y justo título.	Artículo 1,153. Los bienes muebles se prescriben en tres años cuando son poseídos con buena fe, pacífica y continuamente. Faltando la buena fe, se prescribirán en cinco años

Visto lo anterior, comencemos por señalar que el código de 1928 obedece a la creación de la constitución de 1917, y por ende al respeto de los principios que crearon a esta; asimismo, referimos que tuvo influencias de otros códigos, pero en esta ocasión se abandonó una marcada influencia francesa, figurando ligeramente²¹⁰, y que no haya sido otra que la que ya contenía el código de 1884.

Por otra parte se analizaron diferentes codificaciones como fuera señalado a principios de este capítulo y de acuerdo al análisis que hace Ignacio García Tellez, se advierte que los artículos del código de 1884 únicamente fueron reformados sin que existan concordancias con algún código en específico, a excepción del artículo 1141 del código de 1928 que se basó en la literalidad del artículo 1935 del código español de 1889, mientras que por lo que hace al resto de artículos que conforman el apartado de la prescripción, no existen más que reformas como las de los artículos 1059, 1060, 1079, 1086, 1087 y 1088, entre otros muchos; sin embargo mencionamos estos que son los artículos que nos ocupan en lo particular.²¹¹

Asimismo, señala el que fuera rector de la Universidad Nacional Autónoma de México:

Se abreviaron los términos para las prescripciones, reduciéndolos al mínimo cuando el poseedor, además de tener la posesión necesaria para prescribir, tenía la posesión útil, [...] pues se consideró que conviene estimular el esfuerzo productor, más bien que la lenidad del propietario, ya que la colectividad recibe un beneficio directo con el aumento de los

²¹⁰ Cfr., Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 59.

²¹¹ Cfr., García Téllez, Ignacio, *Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano*, D.F., s.e., 1932, pp. 128 y 129, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3075-motivos-colaboracion-y-concordancias-del-nuevo-codigo-civil-mexicano>

productos destinados a su consumo.²¹²

Ahora bien, García Téllez no refiere concordancia alguna con otra codificación respecto a los plazos establecidos en los artículos 1152 y 1153; sin embargo, no podemos soslayar que son un tanto similares a los del código portugués de 1867 que analizamos previamente.²¹³

De esta manera, es que se encuentra regulado en la actualidad nuestra codificación civil en tanto hace a la prescripción y específicamente centrándonos en la prescripción positiva de bienes inmuebles, historia que nos servirá para contextualizar y reforzar nuestras conclusiones en el capítulo final del presente trabajo.

II. INTENCIONES EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTO A LA PROPIEDAD PRIVADA

Para efectos del trabajo que nos ocupa no parece necesaria una extensa explicación de la historia del artículo 27 constitucional, a pesar de que fuera uno de los más importantes en la elaboración de la Constitución Política de 1917 junto con el diverso 123, únicamente nos constreñiremos a analizar la carga filosófica y política que tuvo su redacción para proteger la propiedad privada a efecto de poder contrastarlo en la elaboración de la codificación civil.

En esta tesitura encontramos que la parte más significativa para nuestro objetivo en la redacción del artículo 27 se encuentra en su primer párrafo, del tenor: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el

²¹² *Íbidem*, p. 34.

²¹³ Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, p. 106-107.

derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.”²¹⁴

Lo anterior es así ya que en la Iniciativa sobre el artículo 27 del proyecto de Constitución, referente a la propiedad en la República, presentada por varios CC. diputados en la sesión celebrada el día 25 de enero de 1917, se expuso que no existieron grandes cambios sobre la forma en que la propiedad era regulada desde tiempos coloniales, ya que esta era propiedad del soberano quién únicamente concedía títulos de uso sobre sus tierras a los indígenas, otorgándoles con ello únicamente una propiedad precaria o derivada, y de forma colectiva.

Esta forma de propiedad no estaba pensada claramente para beneficiar a los indígenas, sino por el contrario a españoles y criollos quienes regularmente eran quienes podían obtener una concesión de propiedad perfecta, incluso en la independencia, las leyes civiles que regulaban la propiedad, solo lo hacían por cuanto hace a la propiedad originaria y no así de la posesión de forma extensa; situación que evidenciaba la falta de ajuste de la norma a su realidad jurídica, aún sin esta, se mantenía las situaciones de hecho por parte de los más desfavorecidos.

Esto generó que los pequeños propietarios y aquellos de tierras comunales se vieran despojados lentamente de sus propiedades al amparo de leyes de influencia europea y en favor de los acaudalados, esto permaneció así técnicamente desde la época de independencia hasta el inicio de la revolución, lo que refleja un estimado de más de 100 años de una mala regulación de la propiedad en México.

Siendo lo anterior el motivo para reformar desde la raíz la protección de la propiedad y posesión, para con ello garantizar la justa repartición de la riqueza, y no únicamente el reformar o crear una legislación civil nueva, lo cual se aprecia en la referida iniciativa, al referirse en la misma:

²¹⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 2018.

Volviendo a la legislación civil, como ya dijimos, no conoce más que la propiedad privada perfecta; en los códigos civiles de la República, apenas hay una que otra disposición para las corporaciones de plena propiedad privada permitidas por las leyes constitucionales: en ninguna hay una sola disposición que pueda regir ni la existencia, ni el funcionamiento, ni el desarrollo de todo ese mundo de comunidades que se agita en el fondo de nuestra constitución social: las leyes ignoran que hay condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus, etc., y es verdaderamente vergonzoso que, cuando se trata de algún asunto referente a las comunidades mencionadas, se tienen que buscar leyes aplicables en las compilaciones de la época colonial, que no hay cinco abogados en toda la República que conozcan bien.²¹⁵

De tal forma en la iniciativa de la creación del artículo 27 de la Constitución de 1917, se reconocían 3 clases de derechos territoriales, a saber: la propiedad privada plena ya fuera en su forma individual o colectiva, la propiedad privada restringida de corporaciones o comunidades de población y por último las posesiones de hecho, estas últimas intentaban ser tuteladas constitucionalmente por la fracción XIII de la iniciativa, cuya literalidad especificaba:

XIII.- Desde el día en que se promulgue la presente Constitución quedará prescripto el dominio directo de la Nación sobre las tierras y aguas poseídas por particulares o corporaciones permitidas por la ley, en favor de los mismo particulares o corporaciones permitidas por la ley, cuando la posesión haya sido por más de treinta años pacífica, continuada y

²¹⁵ Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, 3a. ed., Ciudad de México, Secretaría de Cultura, Dirección General de Publicaciones: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2016, Biblioteca Constitucional INHERM, pp. 208-209.

pública, siempre que la superficie poseída no alcance el límite que se fije para cada Estado, el cual no podrá exceder de diez mil hectáreas, y que las tierras y aguas no estén comprendidas en las reservas de este artículo. Este mismo derecho tendrán en lo sucesivo los poseedores de tierras y aguas que no sean de uso común para prescribir contra el Estado o contra los particulares.²¹⁶

Sin embargo, durante la comisión revisora de la iniciativa se decidió no adoptar dicha fracción, sugiriendo por el contrario diversas formas de reorganizar la tierra en México y distribuir equitativamente su riqueza. Sin embargo, el objetivo de la fracción en cita, no era otro que el de crear únicamente la propiedad privada perfecta como único modo de propiedad, ya que la propiedad privada restringida se volvería perfecta una vez hechas las justas diligencias de repartición.²¹⁷ Para ello el funcionamiento de dicha fracción estaba pensada de la siguiente manera:

Al establecerse en las disposiciones de referencia la prescripción absoluta por treinta años, fijamos indirectamente el principio de que bastará un certificado expedido por la oficina respectiva del Registro Público y que abarque ese tiempo para tener la seguridad de la fijeza y firmeza de los derechos de propiedad, sin necesidad de más títulos con lo cual se barrera de un soplo todo ese fárrago de más títulos primordiales, que arranca de la época colonial y que ni siquiera pueden ser ya leídos; ni entendidos, ni aprovechados.²¹⁸

²¹⁶ *Íbidem*, p. 215.

²¹⁷ *Cfr. Íbidem*, p. 209.

²¹⁸ *Íbidem*, pp. 209-210.

III. POSTURA TEÓRICA FRENTE A LA POSESIÓN, LA PROPIEDAD Y LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1928

Como se habrá visto en el apartado anterior, era una realidad jurídica que en su mayoría existían únicamente tenencias de hecho, como reminiscencias de los derechos de propiedad precarios que se otorgaban a los indígenas desde la época colonial, al estilo feudal.

Aunado a ello, la teoría objetiva de la posesión de Ihering fue un parteaguas para la elaboración de los códigos civiles alemán, astro-húngaro, suizo y brasileño, abandonando con ello la teoría subjetiva de la posesión que defendía Savigny, bajo esta influencia fue que el código civil mexicano de 1928 abandona igualmente la teoría subjetiva que mantenía su predecesor de 1884, que en su artículo 822 requería tanto el *corpus* como el *animus*, mientras que en el artículo 790 de su sucesor de 1928, ya solamente contempla el *corpus* para la configuración de la propiedad.²¹⁹

Asimismo, García Téllez nos demuestra como el código de 1928 adopta la teoría de la función social de la propiedad, al referir:

La Comisión mantiene su criterio sustentado en la breve exposición que acompañó al Proyecto, de considerar el derecho de propiedad respetable y digno de protección mientras que se ejerce en beneficio de la colectividad. El propietario que por vanidad, por negligencia o mala fe deje improductiva su finca, no merece la protección de la ley, porque desnaturaliza la propiedad, al desconocer el fin social que debe llenar.²²⁰

²¹⁹ Cfr., García Téllez, Ignacio, *op. cit.*, pp. 75-77.

²²⁰ *Ibidem*, pp. 77-78

Lo anterior, dado que durante la discusión del código de 1928 se intentó inútilmente regular que se declararan abandonadas las fincas rústicas y urbanas que por diez años hayan permanecido sin cultivar en cuanto a las primeras y en cuanto a las segundas hayan permanecido abandonadas y en malas condiciones higiénicas.

Sin embargo, la intención de la Comisión que elaborara el código en análisis siempre fue clara desde la exposición de motivos, puesto que en ella plasmó puntualmente:

Al tratar de la propiedad se separó la Comisión de la tendencia individualista que campeaba en el Derecho Romano, en la legislación napoleónica y en gran parte de nuestro Código Civil vigente, y aceptó la teoría progresista que considera el derecho de propiedad como el medio de cumplir una verdadera función social. Por tanto, no se consideró a la propiedad como un derecho intangible y sagrado, sujeto en su ejercicio a la apreciación individual del propietario, sino como un derecho mutable que debe modelarse sobre las necesidades sociales a las cuales está llamado a responder preferentemente. A este efecto, y de acuerdo con los preceptos constitucionales relativos, se impusieron algunas modalidades a la propiedad, tendientes a que no quedar al arbitrio del propietario dejar improductiva su propiedad, y a que no se usara de su derecho con perjuicio de tercero con detrimento de los intereses generales.²²¹

Tan vehemente era la exposición de motivos respecto a la función social de la propiedad que incluso la iniciativa describía a la propiedad de la siguiente manera: “El propietario tiene derecho de disfrutar de su propiedad con las limitaciones

²²¹ *Íbidem*, pp. 30-31.

establecidas en las leyes y reglamentos respectivos y el deber de ejercitar ese derecho de manera que se obtenga también un beneficio social”²²², situación a la que se opusieron férreamente diversas organizaciones y Secretarías de Estado, argumentando que se le privaba a la propiedad de su carácter natural, que es el de disponer con libertad de lo que le pertenece al individuo. Por su parte la Comisión replicó que se trataba de una errónea interpretación por parte de sus detractores, optando por eliminar la última parte de la definición para quedar como actualmente se encuentra en el artículo 830 del código civil vigente en la Ciudad de México y así evitar también la caprichosa interpretación del juzgador del beneficio social por la mutabilidad del interés colectivo.

Estás adecuaciones teóricas en nuestro código vigente, además de otras, son las que analizaremos y pondremos en contraste en nuestro último capítulo para determinar si las disposiciones han sido eficaces y efectivas o si necesitan adecuaciones teóricas o legales para producir los efectos deseados.

IV. BREVE ANÁLISIS DE LAS CODIFICACIONES LOCALES QUE COMPRENDE LA REPÚBLICA MEXICANA, RESPECTO A LA PRESCRIPCIÓN POSITIVA, PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA O USUCAPIÓN

Cómo apreciamos en títulos anteriores, se hizo una semblanza histórica de las influencias que marcaron la creación del código civil de 1928 que posteriormente se dividiera tanto en el Código Civil para el Distrito Federal y el Código Civil Federal, el cual, además fue modelo a seguir por cada una de las entidades federativas, por ello a continuación haremos un breve análisis de dichas legislaciones a efecto de encontrar las diferencias más importantes en materia de prescripción positiva, respecto del código civil para el Distrito Federal vigente.

²²² *Íbidem*, p. 78.

Entidad Federativa.	Año de publicación.	Nombre.	Definición.	Requisitos.	Tiempo.	Por delicto.
Aguascalientes	1947	Prescripción Positiva	art. 1147.- Medio de adquirir bienes o librarse de obligaciones...	*Concepto de propietario *Pacífica *Continua *Pública	(1) *5 años con los requisitos *5 años con inscripción de posesión *10 años mala fe con los requisitos *Muebles en 3 y 5 años	Si, después de extinguir pena o prescrita la acción penal, siendo de mala fe.
Baja California	1974	"	art. 1122.- "	"	"	"
Baja California Sur	1996	"	art. 1140.- "	"	"	"
Campeche	1942	"	art. 1141.- "	"	(2) *5 años con justo título y los requisitos *10 años sin buena fe *15 años sin título y con requisitos *Muebles en 3 con justo título y sin él 6 años	"
CdMx	1928	"	art. 1135.- "	"	(1)"	"
Chiapas	1938	"	art. 1123.- "	"	"	"
Chihuahua	1974	"	art. 1137.- "	"	"	"
Coahuila	1999	Usucapión	art. 1765.- Medio de adquirir la propiedad u otro derecho real, mediante la posesión...	"	(3) *5 años de buena fe *5 años con inscripción de posesión *10 años de mala fe *Muebles 2 y 4 años	omiso
Colima	1954	Prescripción Positiva	art. 1131.- Medio de adquirir bienes o librarse de obligaciones...	"	(1)"	Si, después de extinguir pena o prescrita la acción penal, siendo de mala fe.
Durango	1948	"	art. 1121.- "	"	"	"
Guanajuato	1967	"	art. 1231.- "	*Posesión civil en los términos de la parte final del art. 1039. *Pacífica *Continua *Pública	*5 años justo título y buena fe *10 años justo título y mala fe *20 años sin justo título y mala fe *3 y 5 años	No, si esta declarado en sentencia que haya causado ejecutoria
Guerrero	1993	Usucapión	art. 739.- Medio de adquirir la propiedad mediante posesión continuada...	*Concepto de propietario *Pacífica *Continua *Pública	(3)"	Omiso
Hidalgo	1940	Prescripción Positiva	art. 1210.- Medio de adquirir bienes o librarse de obligaciones...	"	(1)"	Si, después de extinguir pena o prescrita la acción penal, siendo de mala fe.
Jalisco	1995	Usucapión	art. 879.- Medio de adquirir la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes, mediante la posesión con el ánimo de dueño...	"	"	"
México	2002	Usucapión	art. 5.127.- Medio de adquirir la propiedad de los bienes mediante la posesión de los mismos...	"	"	No
Michoacán	2008	Prescripción Positiva	art. 406.- Medio de adquirir bienes o librarse de obligaciones...	"	*10 años de buena fe o con inscripción de posesión *20 años de mala fe *Muebles 3 y 5 años	Si, después de extinguir pena o prescrita la acción penal, siendo de mala fe.
Morelos	1994	Prescripción Positiva o Usucapión	art. 1223.- Medio de adquirir bienes o derechos, o de perder estos últimos, así como de liberarse de obligaciones...	*En concepto de dueño, si se trata de adquirir bienes, o en concepto de titular de un derecho real, si se trata de adquirir este derecho; *Pacífica *Continua	*5 años de buena fe o con inscripción de posesión *10 años en concepto de dueño o titular y de mala fe *Muebles 3 y 10 años	"

Jalisco	1995	Usucapión	propiedad y los demás derechos reales sobre bienes, mediante la posesión con el ánimo de dueño...	"	"	"
México	2002	Usucapión	art. 5.127.- Medio de adquirir la propiedad de los bienes mediante la posesión de los mismos...	"	"	No
Michoacán	2008	Prescripción Positiva	art. 406.- Medio de adquirir bienes o librarse de obligaciones...	"	*10 años de buena fe o con inscripción de posesión *20 años de mala fe *Muebles 3 y 5 años	Si, después de extinguir pena o prescrita la acción penal, siendo de mala fe.
Morelos	1994	Prescripción Positiva o Usucapión	art. 1223.- Medio de adquirir bienes o derechos, o de perder estos últimos, así como de liberarse de obligaciones...	*En concepto de dueño, si se trata de adquirir bienes, o en concepto de titular de un derecho real, si se trata de adquirir este derecho; *Pacífica *Continua *Pública *Cierta	*5 años de buena fe o con inscripción de posesión *10 años en concepto de dueño o titular y de mala fe *Muebles 3 y 10 años	"
Nayarit	1981	Prescripción Positiva	art. 1119.- Medio de adquirir bienes o librarse de obligaciones...	*Concepto de propietario *Pacífica *Continua *Pública	*5 años de buena fe o con inscripción de posesión *10 años en concepto de propietario y de mala fe *15 años de buena o mala fe de posesión no precaria *Muebles 3 y 10 años	"
Nuevo León	1935	"	art. 1133.- "	"	(1)"	No
Oaxaca	1944	"	art. 1137.- "	"	(1)"	Si, después de extinguir pena o prescrita la acción penal, siendo de mala fe.
Puebla	1985	Usucapión	art. 1393.- Es un medio de adquirir un derecho real mediante la posesión que exige la ley...	*A nombre propio *Pacífica *Continua *Pública	*10 años de buena fe *20 años de mala fe *Muebles 3 y 10 años	Omiso
Querétaro	2009	Prescripción Positiva	art. 1127.- Medio de adquirir bienes o librarse de obligaciones...	*Concepto de propietario *Pacífica *Continua *Pública	(1)"	Si, después de extinguir pena o prescrita la acción penal, siendo de mala fe.
Quintana Roo	1980	Usucapión o Prescripción Adquisitiva de la propiedad	art. 1823.- Medio para adquirir la propiedad mediante posesión continuada...	"	(3)"	Omiso
San Luis Potosí	1946	Prescripción Positiva	art. 1080.- Medio de adquirir bienes o librarse de obligaciones...	"	(1)"	Si, después de extinguir pena o prescrita la acción penal, siendo de mala fe.
Sinaloa	1940	"	art. 1133.- "	"	"	"
Sonora	1949	"	art. 1307.- Medio de adquirir bienes o derechos mediante la posesión en concepto de dueño o de titular de un derecho real, ejercida en forma pacífica, continua, pública y cierta...	*En concepto de dueño, si se trata de adquirir bienes, o en concepto de titular de un derecho real, si se trata de adquirir este derecho; *Pacífica *Continua *Pública *Cierta	*5 años de buena fe o con inscripción de posesión *10 años en concepto de propietario o titular y de mala fe *Muebles 3 y 5 años	"
Tabasco	1997	Usucapión	art. 924.- Es un medio de adquirir un derecho real mediante la posesión que exige la ley.	*Originaria, esto es, a título de dueño *Pacífica *Continua *Pública	*5 años de buena fe *10 años de mala fe *Muebles 2 y 4 años	Omiso
Tamaulipas	1987	Usucapión o Prescripción positiva	art. 721.- medio de adquirir derechos reales mediante la posesión...	*Adquirida y disfrutada en concepto de propietario *Pacífica *Continua *Pública	*5 años de buena fe o por inscripción de posesión *10 años de mala fe *Muebles 2 y 4 años	Si, después de extinguir pena o prescrita la acción penal, siendo de mala fe.
Tlaxcala	1976	Usucapión	art. 1173.- Es un medio de adquirir un derecho real mediante la posesión que exige la ley...	*Civil *Pacífica *Continua *Pública *Concepto de propietario	*5 años de buena fe *10 años de mala fe *Muebles 1 y 2 años *10 años de buena fe o	Omiso Si, después de

Tamaulipas	1987	Usucapión o Prescripción positiva	art. 721.- medio de adquirir derechos reales mediante la posesión...	*Adquirir y disfrutada en concepto de propietario *Pacífica *Continua *Pública	*5 años de buena fe o por inscripción de posesión *10 años de mala fe *Muebles 2 y 4 años	Si, después de extinguir pena o prescripción penal, siendo de mala fe.
Tlaxcala	1976	Usucapión	art. 1173.- Es un medio de adquirir un derecho real mediante la posesión que exige la ley...	*Civil *Pacífica *Continua *Pública	*5 años de buena fe *10 años de mala fe *Muebles 1 y 2 años	Omiso
Veracruz	1931	Prescripción Positiva	art. 1168.- Medio de adquirir bienes o librarse de obligaciones...	*Concepto de propietario *Pacífica *Continua *Pública	*10 años de buena fe o con inscripción de posesión *20 años de mala fe *Muebles 3 y 5 años	Si, después de extinguir pena o prescripción penal, siendo de mala fe.
Yucatán	1993	"	art. 940.- Medio de adquirir el dominio de una cosa o de librarse de una carga u obligación mediante el transcurso de cierto tiempo...	"	*5 años de buena fe *10 años de mala fe *Muebles 3 y 5 años	"
Zacatecas	1986	"	art. 442.- Medio de adquirir bienes o derechos o de perderlos, así como de liberarse de obligaciones...	*En concepto de dueño, si se trata de adquirir bienes, o en concepto de titular de un derecho real, si se trata de adquirir este derecho; *Pacífica *Continua *Pública *Cierta	"	"

Del cuadro anterior, encontramos diversas variables, donde algunas pudieran ser innovadoras y otras simplemente redundantes.

La primer dato estadístico que encontramos del análisis de las legislaciones locales respecto a la figura jurídica motivo del presente trabajo, es su denominación, donde se encuentra que en 22 entidades federativas se le denomina prescripción positiva, en 7 se denomina usucapión, en Morelos y Tamaulipas se puede denominar de cualquiera de las dos formas, y en Quintana Roo se puede denominar usucapión o prescripción adquisitiva.

Respecto a este dato no cabe hacer una amplia disertación ya que como se explicara en el capítulo primero del presente trabajo, se trató de una fusión de figuras jurídicas por parte de Justiniano, situación por la que se le denominara prescripción del latín *praescriptio* que en el Derecho romano clásico solo podía ser invocada como excepción o defensa, mientras que en la actualidad, puede ser motivo de acción hablando de la prescripción positiva. Por otro lado, la

denominación *usucapio* fue igualmente un término cuñado en el Derecho romano clásico y sobre el cual disertaremos ampliamente en el siguiente capítulo.

Otro de los datos encontrados señala que en 19 entidades federativas se entiende que la prescripción es un medio de adquirir bienes o liberarse de obligaciones, tal y como se encuentra definida en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928, mientras que los códigos de Guerrero y Quintana Roo, especifican que es para adquirir la propiedad, así como el del Estado de México agrega que se refiere a la propiedad de los bienes; por su parte los códigos de Puebla, Tabasco, Tamaulipas y Tlaxcala refieren que es para adquirir derechos reales por otra parte los códigos de Morelos, Zacatecas y Sonora refieren que se adquieren bienes o derechos reales, y en cuanto a Coahuila y Jalisco señalan que se trata de la adquisición de la propiedad o derechos reales. Finalmente es de destacar el caso de Yucatán cuya definición conserva la misma a la del Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1884.

De los datos anteriores cabe señalar además, que de los 13 códigos que no se ciñen a la misma definición del código civil de 1928, 10 de ellos es por que separan a la prescripción de la usucapión, siendo las tres excepciones faltantes, las entidades federativas de Sonora, Zacatecas y Yucatán que conservan el de prescripción positiva.

Ahora bien, en esta tesitura y a criterio de quien suscribe, puede decirse que la definición más adecuada por cuanto hace a la prescripción positiva se encuentra en la de los códigos civiles de Puebla, Tabasco, Tamaulipas y Tlaxcala, ya que si bien la definición más común refiere que es la forma de adquirir bienes, si nos concentramos en el objetivo que es el de obtener un derecho absoluto contra terceros y no solamente una cosa, que en este caso sería el bien, entonces lo que adquirimos es un derecho y en específico un derecho real, ya que en tal sentido la posesión también es una forma de adquirir un bien. Sin embargo, sería adecuado

agregar a dicha definición que solo se trata de ciertos derechos reales, puesto que no puede prescribirse positivamente los derechos reales de garantía.

Por otra parte el decir que con la prescripción positiva se adquiere la propiedad, es una limitante ya que la propiedad es el derecho real por excelencia que se descompone en muchos otros y por ejemplo tratándose de una servidumbre no podríamos decir que tenemos la propiedad de un derecho real, aunque no se soslaya que la servidumbre generalmente es definida legalmente como un gravamen real, lo que sería una inconsecuencia, ya que poder prescribir una servidumbre significaría poder adquirir un gravamen, cuando lo que en realidad hacemos es imponerlo a alguien más; sin embargo, esta pequeña problemática semántica no es parte del estudio que nos ocupa momentáneamente y será mejor que se analice en un estudio por separado para proseguir con nuestro tema. No obstante ello, no debe pasar desapercibido el esfuerzo de la legislación civil de Quintana Roo en su artículo 1824 donde refiere que solo la propiedad se puede usucapir mientras que los demás derechos reales simplemente se prescriben, situación similar acontece en Guerrero en su artículo 740 del código civil lo cual hace cuestionarnos de igual forma si dichas codificaciones ostentan una teoría unitaria de la prescripción, pero que sería mejor analizar de forma individual en otro trabajo.

Asimismo, decir que es una forma de adquisición de bienes o derechos reales se cae en la misma incongruencia del primer ejemplo, ya que los derechos reales sobre inmuebles son bienes inmuebles, así como muebles los derechos que derivan de bienes muebles, a pesar de que sean exigibles por acciones personales, en este supuesto es una eterna redundancia, puesto que en una lógica silogística, si los derechos reales sobre inmuebles son bienes inmuebles, y la propiedad sobre un inmueble es un derecho real, entonces la propiedad es un bien inmueble.

Situación similar a la anterior sucede de los códigos que señalan que la prescripción positiva o usucapión es una forma de adquirir la propiedad o derechos

reales, ya que la primera es el derecho real por excelencia de la cual se dice que derivan los demás.

Por lo anterior reiteramos que lo que se prescribe positivamente son ciertos derechos reales, puesto que no todos son prescriptibles tal y como lo regula Sonora al prohibir la prescripción de derechos reales de garantía, en el artículo 1307 de su código civil.

Continuando con el análisis de variables de la prescripción positiva o usucapión en las codificaciones civiles de las entidades federativas encontramos que en 24 entidades federativas los requisitos de la posesión son: 1) en concepto de propietario; 2) pacífica; 3) continua y 4) pública. En 4 entidades federativas se aclara que el primer elemento es: posesión civil u originaria. En 3 entidades federativas se aclara que el primer elemento se distingue en calidad de dueño tratándose de bienes y de titular en caso de derechos reales. Tamaulipas aclara respecto al primer elemento, que dicha propiedad debe ser adquirida y disfrutada en calidad de propietario.

Respecto a esto último, es claro que decir posesión originaria, civil, o en concepto de propietario son sinónimo, por lo que hace al caso de Tamaulipas, simplemente se trata de una aclaración que también hacen los demás entidades federativas en otros artículos, refiriendo que el plazo para prescribir se contará desde el momento en se la posesión sea en concepto de propietario y no derivada o precaria. Llama también la atención analizar el caso de Puebla ya que la posesión que solicita como primer requisito es que sea a nombre propio y si bien en diverso artículo refiere que se adquiere a nombre propio cuando se adquiere posesión civil, nos deja mucho que pensar respecto a que dicha legislación contiene reminiscencias de la teoría subjetiva de Savigny pidiendo que sea a nombre propio reflejando con ello el *animus* como elemento configurador de la posesión.

Por último, en lo que refiere al análisis de este dato, existe una diferencia

entre concepto de dueño o de propietario tratándose ya sea de un bien o de un derecho, nos hace cuestionar si es acertada dicha especificación, ya que técnicamente lo que se busca es adquirir la titularidad de un derecho real en ambos casos.

Llama particularmente la atención el caso de las entidades federativas de Sonora y Zacatecas, donde se agrega un quinto requisito para prescribir positivamente, siendo este el de que la posesión deba ser cierta. A este dato habría que agregar otro que demuestra que solo en 10 entidades federativas se hace la aclaración de necesitar justo título.

Respecto a lo anterior cabe señalar que requerir que la posesión sea cierta, implica que el justo título en que se base dicha posesión debe ser de fecha cierta, a efecto de que los plazos para prescribir sean probados, además de que hacer la especificación del justo título es una adecuación de lo que en la época romana fuera la *causa usucapionis*, que en la época medieval los jurista decidieron interpretar como el *titulus*, ya que en esa época aún no se descubrían las enseñanzas de Gayo.

También se pudo observar que en las legislaciones que no hablan de la necesidad de un justo título en su apartado de prescripción positiva o usucapión, señalan en su apartado que regula la posesión; que la posesión de buena fe es el que entra en poder de hecho en virtud de un título o que ignora los vicios de su título, ahora bien, en este mismo apartado se encontrará que se define al título como la causa generadora de la posesión, lo cual no nos da mayor elemento de diferenciación entre un acto traslativo de dominio o el simple hecho de creer que se posee un bien vacante, lo cual nos hace creer que es admisible cualquiera de las dos, como se pudiera interpretar del criterio jurisprudencial emitido por el 4° Tribunal Colegiado del Circuito I, en materia civil, con número de registro I.4o.C. J/30, de rubro: PRESCRIPCION ADQUISITIVA. HECHOS SUSCEPTIBLES DE GENERAR LA POSESION APTA PARA LA, al referir en la misma:

Al aludir al concepto de "dueño o propietario", el código sustantivo emplea una denominación que comprende al poseedor con título objetivamente válido (aquel que reúne todos los requisitos que el derecho exige para la adquisición del dominio y para su transmisión), con título subjetivamente válido (aquel que origina una creencia fundada respecto a la transmisión del dominio, aunque en realidad no sea bastante para la adquisición del bien) y aún sin título, siempre y cuando esté demostrado, tanto que dicho poseedor es el dominador de la cosa (el que manda en ella y la disfruta para sí, como dueño en sentido económico), como que empezó a poseerla en virtud de una causa diversa a la que origina la posesión derivada.²²³

Por otro lado las entidades federativas que hacen un esfuerzo por definir literalmente al justo título en sus codificaciones, son: Campeche, Guanajuato y Jalisco, al referir que se trata de aquel que es un acto jurídico adquisitivo o traslativo de dominio. No obstante ello, no pasa desapercibido que existen varios criterios jurisprudenciales respecto a la definición de lo que es y comprende el justo título; sin embargo, esta es cambiante dependiendo de la legislación que se esté analizando, ya que por ejemplo en Sonora es innecesario, mientras que otros remarcan que es necesario a pesar de no pedirlo explícitamente, como se aprecia en el criterio jurisprudencial V.1o.C.T. J/68, de rubro: PRESCRIPCIÓN POSITIVA. PARA QUE OPERE DICHA ACCIÓN, SÓLO SE REQUIERE ACREDITAR LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN Y QUE ÉSTA SE EJERCÍO EN CONCEPTO DE PROPIETARIO, CON INDEPENDENCIA DE QUE PROVENGA O NO DE UN JUSTO TÍTULO PARA TRASLADAR EL DOMINIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA), donde se aprecia entre otras aseveraciones, la siguiente:

...resulta inexacto que esa causa generadora exigida por la citada

²²³ I.4o.C. J/30, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VI, julio-diciembre de 1990, p. 385.

legislación, se refiera exclusivamente a un título apto para trasladar el dominio, tomando en cuenta que ese requisito, al que se aludía como "justo título" en el Código Civil Federal de 1884 fue suprimido en la legislación civil mexicana. Así el Código Civil para el Estado de Sonora, en su invocado artículo 1322, fracción I, sustituyó aquel requisito, por el de "concepto de propietario", que implica el ánimo o intención y ostensible comportamiento del detentador del bien, como propietario de él, aun cuando se carezca de justo título.²²⁴

En cuanto a la necesidad o no del justo título, no solo se aprecia la divergencia en criterios jurisprudenciales, sino que algunas legislaciones lo hacen explícito en los plazos que requieren para poder prescribir, puesto que el análisis de las codificaciones civiles de la República, demostró que legislaciones como la de Guanajuato y Nayarit contemplan un plazo más cuando la posesión no se encuentra basada en un justo título. Mientras que por lo demás la mayoría de los plazos para inmuebles requieren 5 y 10 años de buena y mala fe respectivamente y de 3 a 5 años para muebles, existen algunas variaciones en los plazos como Veracruz y Michoacán donde son de 10 y 20 años para inmuebles y en algunos otros estados, en muebles puede ser 2 y 4 años o en Tlaxcala donde los muebles prescriben en 1 y 2 años.

En este orden de ideas es claro que debemos inclinarnos por una homogeneidad en cuanto al requisito del justo título, que debe ser teórica e histórica como se señaló en la última cita jurisprudencial, mientras que en cuestión de plazos quizá dependa de muchos factores el determinar la homogeneidad de los plazos.

Respecto al dato concerniente a que los Estados de México y Nuevo León no permiten usucapión derivada de actos delictivos, Guanajuato tampoco, pero

²²⁴ Tesis V.1o.C.T. J/68, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, mayo de 2009, p.996.

aclara que debe estar confirmado por sentencia ejecutoriada, 6 entidades no hacen mención al respecto y las 23 restantes lo permiten, siempre y cuando se haya extinguido la pena o precluido acción penal en su caso, nos reservamos cualquier comentario, ya que habría que analizar de igual forma es aspecto histórico y sociológico de esta variable, lo cual no forma parte del presente trabajo y se deja para futuros análisis.

Por último resulta interesante el dato de que Veracruz en su apartado referente a la prescripción señala para duplicar los plazos requeridos en cuanto hace a los bienes propios o desafectados de otorgar servicios públicos del dominio público.

V. ANÁLISIS DE LA *ADVERSE POSSESSION*

De acuerdo al *Black's Law Dictionary*, *adverse possession* es: “*The enjoyment of real property with a claim of right when that enjoyment is opposed to another person's claim and is continuous, exclusive, hostile, open, and notorious. In Louisiana, it is the detention or enjoyment of a corporeal thing with the intent to hold it as one's own*”.²²⁵ (El disfrute continuo, exclusivo, hostil, abierto y notorio de “bienes inmuebles” interpuesto como excepción cuando ese disfrute se opone al reclamo de otra persona. En Louisiana, es la detención o el disfrute de una cosa corporal con la intención de mantenerla como propia.)

Como observamos la figura de la *adverse possession*, es una figura del sistema jurídico denominado *common law* que se trata de una excepción al reclamo de otra persona, lo que concuerda con lo que en el Derecho romano clásico era una *praescriptio*, ya que se basa más en el hecho de que se ha perdido el derecho a accionar que el de adquirir la propiedad. No obstante observamos igualmente el

²²⁵ Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, 9a. ed., Estados Unidos de América, West, 2009, p. 62.

caso de la legislación de Louisiana que es más acercado a definir la *adverse possession* como nosotros definimos la posesión en concepto de propietario; sin embargo, no hay que olvidar que esta legislación estadounidense tiene íntimas raíces en el derecho francés por conducto del código napoleónico de 1804 que en su primer codificación técnicamente fuera una traducción del mismo.

Para entender esta figura, analizaremos específicamente el caso *J.A. Pye (Oxford) Ltd v United Kingdom* que nos dará una panorámica de las leyes que soportan esta figura jurídica como lo son las Land Registration Act y la Limitation Act en Reino Unido, siendo este el país con un sistema jurídico de *common law* por antonomasia.

1. *J.A. Pye (Oxford) Ltd v United Kingdom*

Los hechos que dieron inicio a este caso práctico iniciaron en 1983, en el cual las compañías J.A. Pye Ltd. y J.A. Pye Land Ltd., quienes son las partes actrices en el presente asunto, eran propietarias de 23 hectáreas de tierra agrícola, siendo la primera compañía quien transfiriera a la segunda la propiedad de dichas hectáreas.

Los vecinos del propietario de las 23 hectáreas eran Mr. y Mrs. Graham, quienes firmaron un acuerdo de pastoreo sobre la referida propiedad, mismo acuerdo con fecha de vencimiento al 31 de diciembre de 1983.

El 30 de diciembre de ese mismo año la compañía propietaria avisó del vencimiento del acuerdo y solicitaron el desalojo. La misma compañía se negó a la petición de los Grahams de un nuevo acuerdo, ya que planeaban hacer un desarrollo urbano y el pastoreo probablemente arruinaría su solicitud para el permiso correspondiente del desarrollo; sin embargo en 1984 se llegó a un nuevo acuerdo con los Graham para cosechar los pastos de dicho terreno, acuerdo que igualmente llegó a su vencimiento y no fue renovado ni otorgado otro de pastoreo a pesar de diversas cartas dirigidas a la compañía propietaria por los Graham,

situación que no impidió a estos cultivar en dichas tierras desde 1884 hasta 1999 sin permiso alguno por parte del propietario.

En 1997 los Grahams solicitaron ante el *Land Registry* se emitieran las *cautions* correspondientes para la obtención de su título por *adverse possession*.

En 1998 la compañía que fuera propietaria de las 23 hectáreas intento cancelar el registro acudiendo a la *High Court* y en diverso proceso en enero de 1999 intentaron recobran la posesión.

De acuerdo con la Limitation Act de 1980 se establece en su sección 15, párrafos primero y sexto lo siguiente:

[1] *No action shall be brought by any person to recover any land after the expiration of twelve years from the date on which the right of action accrued to him or, if it first accrued to some person through whom he claims, to that person.* (Ninguna persona podrá iniciar una acción para recuperar cualquier terreno después de transcurridos doce años desde la fecha en que pudo haber interpuesto la acción, si se acumuló por primera vez a una persona a través de la cual él reclama, a esa persona.)

[6] *Part I of Schedule 1 to this Act contains provisions for determining the date of accrual of rights of action to recover land in the cases there mentioned.*²²⁶ (La Parte I del Anexo 1 de esta Ley contiene disposiciones para determinar la fecha de acumulación de derechos de acción para recuperar tierras en los casos allí mencionados.)

Por su parte el párrafo primero del referido anexo I establece:

²²⁶ REINO UNIDO-LEGISLACIÓN, *Limitation Act*, England, Her Majesty's Stationery Office, 1980, pp. 7-8

*Where the person bringing an action to recover land, or some person through whom he claims, has been in possession of the land, and has while entitled to the land been dispossessed or discontinued his possession, the right of action shall be treated as having accrued on the date of the dispossession or discontinuance.*²²⁷ (Cuando la persona que interpone una acción para recuperar la tierra, o alguna persona a través de la cual reclama, ha estado en posesión de la tierra, y mientras tiene derecho a la tierra ha sido despojada o suspendida de su posesión, el derecho de acción se considerará como devengado. En la fecha del despojo o discontinuación.)

Asimismo es de observar lo referido en la sección 17 de la Limitation Act de 1980 y en la Land Registration Act de 1925, que fueran las normas vigentes aplicables a dicho asunto.

La sección 17 de la referida ley de 1980, establece: "...at the expiration of the period prescribed by this Act for any person to bring an action to recover land (including a redemption action) the title of that person to the land shall be extinguished".²²⁸ (al vencimiento del período prescrito por esta Ley para que cualquier persona pueda iniciar una acción para recuperar tierras (incluida una acción de canje), el título de esa persona se extinguirá.)

Mientras que la sección 75 de la Land Registration Act de 1925, establecía

The Limitation Acts shall apply to registered land in the same manner and to the same extent as those Acts apply to land not registered, except that where, if the land were not registered, the estate of the person registered

²²⁷ *Íbidem*, p. 28.

²²⁸ *Íbidem*, p.8

*as proprietor would be extinguished, such estate shall not be extinguished but shall be deemed to be held by the proprietor for the time being in trust for the person who, by virtue of the said Acts, has acquired title against any proprietor, but without prejudice to the estates and interests of any other person interested in the land whose estate or interest is not extinguished by those Acts.*²²⁹ (Las Limitation Acts se aplicarán a las tierras registradas de la misma manera y en la misma medida en que se aplican a las tierras no registradas, excepto en el caso de que, si las tierras no estuvieran registradas, el patrimonio de la persona registrada como propietario se extinguiría, dicho patrimonio no se extinguirá, sino que se considerará que el titular lo tiene por el momento en fideicomiso para la persona que, en virtud de dichas leyes, ha adquirido un título contra cualquier propietario, pero sin perjuicio de los patrimonios y gravámenes de cualquier otra persona interesada en la tierra cuyo patrimonio o gravamen no se extinguirá por esas leyes)

En este orden de ideas y bajo estas disposiciones jurídicas ganaron los Graham; sin embargo, hubo un especial pronunciamiento respecto a que la resolución no era satisfactoriamente justa. Bajo esta premisa la compañía Pye apeló la decisión de la *High Court* y la *Court of Appeal* revoco la resolución impugnada bajo el argumento de que los Grahams no tuvieron nunca la intención de poseer por lo que la compañía nunca fue desposeída, dicho argumento a nuestro criterio evidencia la inclinación del juzgador por la teoría subjetiva de Savigny en el que la posesión debe reunir el *animus* y *corpus*. En esa misma apelación se había argumentado por parte de la apelante que la Limitation Act de 1980 atentaba contra lo dispuesto en el artículo 1 del Protocolo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, también denominado *Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights And Fundamental Freedoms*, cuya literalidad expone:

²²⁹ REINO UNIDO-LEGISLACIÓN, *Land Registration Act*, England, Her Majesty's Stationery Office, 1925, p. 53.

ARTICLE 1

Protection of property

(ARTÍCULO 1

De la protección de la propiedad)

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. (Toda persona física o jurídica tiene derecho al disfrute pacífico de sus posesiones. Nadie podrá ser privado de sus posesiones, excepto en virtud del interés público y de conformidad con las condiciones establecidas por la ley y por los principios generales del derecho internacional.)

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.²³⁰ (Sin embargo, las disposiciones anteriores no impedirán de ninguna manera el derecho de un Estado a hacer cumplir las leyes que considere necesarias para controlar el uso de la propiedad de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de impuestos u otras contribuciones o sanciones.)

Sin embargo, en la apelación se sostuvo que no se afectaba el citado precepto internacional ya que la norma reclamada de la *Limitation Act* de 1980 no atentaba contra la posesión sino que se refería a la extinción del derecho a acudir a los tribunales.

²³⁰ CONSEJO DE EUROPA-LEGISLACIÓN, *European Convention of Human Rights*, Estrasburgo, European Court of Human Rights -Council of Europe, 2013, p. 33.

Posterior a esta instancia, los Grahams apelaron ante la *House of Lords* donde algunos de sus integrantes sostuvieron que los Graham si tuvieron una posesión sobre el terreno en cuestión en el sentido ordinario de la palabra, además de que nunca se negó que los Grahams estuvieron dispuestos en todo momento a pagar a la compañía mientras los dejara ocupar.

Sin embargo, hubo posturas individuales, donde se resaltaba por ejemplo que tratándose de tierras sin registro dicha *Limitation Act* se justificaba a si misma al evitar la incertidumbre de la tenencia de la tierra pero no acontecía lo mismo con tierras registradas, resultando complicado ver una justificación. Alegándose también que el despojo de las tierras a la compañía J.A. Pye fue incompatible con el citado Protocolo. A pesar de esto último, los Grahams obtuvieron la victoria en esta instancia.

Ante dicho resultado la compañía J.A. Pye, solicitó el amparo de la Corte Europea de Derechos Humanos, donde se analizó la incompatibilidad de la ley local con la ley internacional, de tal guisa se analizó la *Registration Land Act* de 2002 que entrara en vigor mientras el litigio estaba en curso, así como sus discusiones y consultas legislativas, concluyendo que en dichas discusiones se encontró que la *Registration Land Act* de 2002 era una forma de suplir varios errores de su predecesora, ya que la *adverse possession* era una norma efectiva en cuanto a tierras sin registro pero no así en cuanto a aquellas con registro. Puesto que servía a dos intereses públicos que eran el prevenir de incertidumbre e injusticia por demandas absurdas y el de hacer coincidir al propietario legal con el ocupante. Además, se refirió en dichas consultas que en varias jurisdicciones con sistema jurídico de *common law* en las que existían sistemas de registro de títulos, se había abolido la *adverse possession* o se había adecuado.

Así las cosas en el referido Protocolo de la Convención, se establecía que se podía privar de la posesión en virtud del interés público; sin embargo la falta de

compensación ponía al particular en una situación de desprotección, desproveído de un medio legal de defensa, lo cual no sucedía con la nueva *Registration Land Act* de 2002, ya que esta establecía que la posesión debía retenerse por 10 años para solicitar al *Land Registry* el título por *adverse possession* y se daría aviso al dueño registral quien enterado de ello tendría dos años para desalojar al ocupante, de lo contrario el ocupante podría ser registrado con título de propietario.

Situación por la cual la Corte consideró que existió un desequilibrio entre el interés público y el derecho del propietario a disfrutar pacíficamente de sus bienes. Y por ello tanto la *Limitation Act* de 1980 y la *Land Registration Act* de 1925 vulneraron el artículo 1 del Protocolo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, dando con esto la victoria a la compañía J.A. Pye.

No conforme con esta decisión el gobierno de Reino Unido apeló dicha resolución, además de solicitar un estudio al *British Institute of International and Comparative Law* para sustentar su petición, documento que analizaremos en el siguiente apartado. Ante dicha apelación se revocó la resolución previa y se declaró que las leyes de 1925 y 1980 no vulneraban el artículo 1 del Protocolo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, bajo el argumento de que lo que realmente se intentaba regular con dichas leyes era el control del uso de la propiedad en concordancia con el segundo párrafo del artículo del Protocolo y no como una privación como lo establecía el segundo renglón del párrafo primero del mismo artículo.

La anterior decisión fue tomada en diez votos a favor y siete en contra, por lo que varios jueces establecieron dos votos disidentes, en un primer voto disidente, se decía que cualquier medida legislativa que implicara la transferencia de propiedad de un individuo a otro como política social si da lugar a una privación de la posesión contrario a lo establecido al artículo 1 del Protocolo 1. Argumentado que si bien no se negaba que los plazos establecidos por la norma perseguían el interés público de evitar acciones absurdas, no podía negarse que también tenían el efecto

de extinguir el título de propiedad. Asimismo se refirió que la carga debió ser impuesta al que buscaba anular un título de propiedad y no al que lo tenía, motivo por el cual se reformara la ley en 2002.

En un segundo voto disidente se dijo que habría que analizarse si el plazo para titularse como poseedor adverso perseguía un objetivo de interés general y si dicho objetivo era proporcional con la interferencia en el derecho de propiedad. De tal guisa, se retoma el argumento de que en un lugar en el que las tierras no estén registradas o en donde no exista un Registro Público, claramente se persigue el interés de evitar la incertidumbre, pero dicho interés parece difuso cuando si existe un Registro Público. En este mismo voto se dijo que claramente otro de los objetivos de interés general podría ser el alentar a los propietarios a explotar sus bienes; sin embargo, se considera que este estímulo podría lograrse con medidas menos drásticas como impuestos o incentivos y en todo caso no es aceptable que este último objetivo del interés general pueda requerirse a un propietario registrado, puesto que una mejor alternativa podría ser la de un proceso de traslación obligatoria para encontrar una justa indemnización. Finalmente refiere que está en desacuerdo incluso con el primer voto disidente ya que no se trata de imponer una mayor carga al ocupante puesto que la posesión ilegal no debería prevalecer sobre la propiedad legítima.

Es de resaltar un punto tocado en este voto disidente con el que este trabajo está de acuerdo, sin demeritar los demás puntos anteriores y que retomaremos al final de este trabajo, y cuya literalidad establece:

I may add in this respect that such a system (a) shows disrespect for the legitimate rights and expectations of the registered property owners which include the possibility of keeping their property unused for development at a more appropriate time, when financially and otherwise they are ready to proceed with such development, or to maintain their property as security for their children or grandchildren; and (b) encourages illegal

*possession of property and the growth of squatting.*²³¹ (Puedo agregar a este respecto que dicho sistema (a) muestra una falta de respeto por los derechos legítimos y las expectativas de los propietarios registrados, que incluyen la posibilidad de mantener su propiedad sin uso para el desarrollo en un momento más apropiado, cuando están financieramente y de cualquier otra manera listos para continuar con tal desarrollo, o para mantener su propiedad como seguridad para sus hijos o nietos; y (b) fomenta la posesión ilegal de propiedad y el crecimiento de la ocupación ilegal.)

2. *Report by the British Institute of International and Comparative Law for Her Majesty's Court Service. September 2006. Adverse Possession*

A continuación haremos el análisis del reporte que hiciera el Instituto Británico de Derecho Internacional Comparado para el Servicio de la Corte de su Majestad en septiembre de 2006, para sustentar la apelación que hiciera Reino Unido frente a la Corte Europea de Derechos Humanos por el caso *J.A. Pye (Oxford) Ltd v United Kingdom*, donde se declaraba que la falta de indemnización por pérdida de título por prescripción era violatoria del artículo 1 del Protocolo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Analizando para tal efecto las legislaciones de Hungría, Polonia, Alemania, Países Bajos, España, Suecia, Francia, Australia, nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá, de las cuales se hizo un análisis muy parecido al que hiciéramos respecto a las legislaciones locales de la República Mexicana, que no encontramos necesario reproducir, dejando al lector a su elección el revisar

²³¹ Grand Chamber, *Case of J.A.Pye (Oxford) Ltd. and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. v. the United Kingdom*, Estrasburgo, European Court of Human Rights, 30 de agosto de 2007, p. 35, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-82172%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-82172%22]})

dichas conclusiones.²³²

No obstante es importante rescatar de dicho documento ciertas conclusiones, como aquella en la que señala que en varios Estados, como por ejemplo el de Canadá, han abolido la *adverse possession* tratándose de inmuebles que se encuentren registrados y manteniéndola en aquellos que no se encuentran registrados, lo cual refleja para esta institución que el registro de tierras elimina la incertidumbre, debilitando por ende la justificación de la *adverse possession*.

Asimismo, de dicho estudio se desprendió que a excepción de Suecia, ninguna otra legislación analizada, otorga compensación alguna por la privación de la propiedad originada por la *adverse possession*. En el caso de Suecia, la compensación solo se otorga si se privó al propietario por la fuerza de su propiedad, contando con un plazo de diez años para solicitarla.

Datos los anteriores que nos ayudarán a estructurar una nueva perspectiva de la figura que estamos analizando en el presente trabajo y de la eficacia del sistema de transferencia de propiedad vigente.

²³² *Apud*, British Institute of International and Comparative Law, *Report by the British Institute of International and Comparative Law for Her Majesty's Court Service. Adverse possession*, Reino Unido, British Institute of International and Comparative Law, septiembre de 2006, p. 3, https://www.biicl.org/files/2350_advposs_sep_ftnsv3.pdf

CAPÍTULO CUARTO

LA FUNCIÓN DE LA USUCAPIÓN DENTRO DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD EN MÉXICO

I. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA USUCAPIÓN

Para iniciar nuestro análisis planteemos como es que la doctrina jurídica cataloga a la usucapión.

De acuerdo con Elena I. Highton, existen diversas teorías modernas que explican el fundamento de la prescripción adquisitiva, basadas en los siguientes argumentos:

- a) Asegura la estabilidad de la propiedad, para evitar que siempre esté dispuesta a controversia.
- b) Se presume la renuncia del dueño por abandono de la cosa y que el otro aprovecha.
- c) Es la presunción de la ausencia de título por la prolongada posesión del mismo.
- d) No se fundamenta en uno solo de los puntos anteriores sino que es resultado de todos.²³³

Asimismo refiere esta autora que “la prescripción al convertir en titular absoluto del derecho a quien se conduce como propietario estabiliza las situaciones y da seguridad jurídica al sanear cualquier vicio de los títulos; asimismo estimula al aprovechamiento de la riqueza premiando al diligente y castigando al negligente”²³⁴ Agregando que esta figura es de interés social.

²³³ *Cfr.*, Highton de Nolasco, Elena Inés, op. cit., p. 136.

²³⁴ *Íbidem*, p. 138.

Por otro lado, durante la discusión de la contradicción de tesis 236/2009 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, refirió que se trataba de una figura que nació del Derecho romano para garantizar seguridad jurídica evitando la reclamación de vicios en actos traslativos después de cierto tiempo.

En primer lugar, deseamos demostrar que la investigación histórica que hace la Suprema Corte para sustentar su criterio, es laxa e inacabada, ya que a diferencia de lo que refiere, debe decirse en principio que la *mancipatio*, más allá de un acto ceremonial o formal, se trataba de un acto en el que los 5 testigos daban fe de que el *mancipio dans* tenía el poder dominical o (*auctoritas domini*) y de los cuales se valía posteriormente el *mancipio accipens* en caso de una *reivindicatio*, por ello desde el momento en que se utilizó la *mancipatio* se utiliza la fórmula que perdurara posteriormente en las XII Tablas del tenor: *usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum omnium annus est usus*, que se traduce en el sentido de que el *usus* y la *auctoritas* de un fundo duraba dos años para inmuebles y un año para todas las demás cosas.²³⁵

1. El carácter probatorio del *usus auctoritas*

Fuenteseca Degeneffe, señala que el *usus auctoritas* de donde nació la *usucapio* era un modo de adquisición, ya que solo adquiriría el *usus* quién hubiese adquirido del dueño verdadero, dado que en el supuesto de ser interpuesta una *reivindicatio* frente al *mancipio accipens* este tenía que probar su *dominium ex iure quiritium*, con la asistencia de los testigos, a menos que tratándose de inmuebles hubiesen pasado 2 años o un año para el resto de cosas, en cuyo caso el *mancipio accipens* ya hubiese adquirido el *usus* lo cual significaba la limitación de la *aeterna*

²³⁵ Cfr., Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *op. cit.*, "La exclusión del comprador...", pp. 3-5.

auctoritas, por lo cual el adquirente podía demostrar por sí mismo su propiedad.²³⁶

Sin embargo, cuando en juicio el demandante comprobaba que el transmitente no era el verdadero dueño, entonces automáticamente se anulaba el *usus* y había que habilitar la *aeterna auctoritas* para resolver a quien correspondía realmente el dominio. Asimismo si quien transmitió la cosa, no demostraba ser el dueño, o no comparecía, entonces se le cobraba el doble del valor de la cosa. Y aunque pudiera parecer a nuestra vista que este modo de adquisición es muy vulnerable y fácil de defraudar, lo cierto es que no debe olvidarse que la sociedad romana se regía por principios morales muy estrictos como el honor, por lo que Margarita Degeneffe refiere que es poco probable la recurrencia de este supuesto, dado que también era complicado que cinco ciudadanos romanos se prestaran para este cometido, bajo el riesgo de ser acusados por falso testimonio.²³⁷

Ahora bien, la doctrina romanista ha establecido que las XII Tablas prohibieron usucapir las cosas pertenecientes a extranjeros, al prescribir en las mismas lo siguiente: *adversus hostem aeterna auctoritas esto*. En otras palabras, significa que frente al extranjero la *auctoritas* era ilimitada. Y si bien es cierto que los extranjeros poseían en algunos casos el *ius commercii*, este no les permitía adquirir *ex iure quiritium*, por ello se dice que el *usus auctoritas* les daba una forma de probar en juicio de *reivindicatio* tanto en calidad de demandante como demandado, lo cual permitía la expansión comercial y desarrollo económico, al dar seguridad de tráfico a los extranjeros.²³⁸

No obstante el *usus auctoritas* cayó en desuso cuando se comenzó a generalizar el consensualismo a través de la *emptio venditio* para establecer una situación de igualdad entre extranjero y ciudadanos romanos antes de la

²³⁶ Cfr., *Íbidem*, pp. 6-8.

²³⁷ Cfr., *Íbidem*, pp. 9 y 16.

²³⁸ Cfr., *Íbidem*, pp. 10-13.

promulgación de la Constitución de Caracalla; sin embargo, mediante la *emptio venditio* no se podía adquirir *ex iure Quiritium*, por lo que la doctrina expone que fue la forma en que surgió la *dúplex dominium*, sin tener la fecha cierta de su aparición.²³⁹ Lo cual resume Fuenteseca Degeneffe, de la siguiente forma:

La distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* que había constituido una distinción fundamental para el tráfico de bienes, dándole una garantía de publicidad y asegurando la noción de propiedad civil quiritaria, quedó superada por la influencia del tráfico mercantil con los *peregrini* y los nuevos negocios sancionados por el *praetor peregrinus*. Las nuevas figuras contractuales procedentes del *ius Gentium* incorporaron mayor facilidad negocial basada en el *consensus*. La circulación monetaria hizo surgir el fenómeno del *creditum* y el nacimiento de las *obligationes* pecuniarias y también la aparición de una nueva figura de compraventa (*emptio-venditio*) consensual que relegó a la antigua *mancipatio*, con finalidad de compra (*emptionis causa*), de donación (*donatis causa*) o de una finalidad fiduciaria (*fiduaciae causa*). Así las diversas causas de transmisión solemne de las cosas más importantes económicamente (las *res Mancipi*) constituyeron modalidades de entrega (*traditio*) con base en la causa negocial correspondiente.²⁴⁰

De esta manera, se creó la propiedad bonitaria y la propiedad quiritaria.

Ahora bien, la *usucapio*, en sus inicios, es decir, la *usus auctoritas*, era una forma o modo de adquisición, por lo que para demostrar el *dominium* frente a un tercero bastaba presentar a los testigos, si ya se había completado el *usus* o presentar al *auctor* si aún no se completaba el mismo.

²³⁹ Cfr., *Íbidem*, pp. 13-14.

²⁴⁰ Cfr., Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *op. cit.*, *La formación romana...*, pp. 150-151.

Por estas razones cuando la Suprema Corte señala que la *usucapio* reparaba la formalidad de la venta por no hacerse por *mancipatio*, esto es parcialmente cierto, pero no en el sentido, en que la Corte intenta señalar, de que en la actualidad se tiene exactamente la misma función, puesto que de acuerdo a lo explicado por Fuenteseca Degeneffe, la *usucapio* como se conoció en la época clásica es solo la reestructuración del *usus auctoritas*, y en todo caso la *usucapio* siempre excluyó al comprador *a non domino*.

Para desvirtuar esta falsa analogía que hace la Corte en su razonamiento, comencemos recordando que existían *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, y que en ambos tipos podían existir tanto bienes muebles como inmuebles. Ahora bien, cuando el *dominus* de una cosa quería transmitir su titularidad, podía hacerlo a título oneroso o por otras causas, para efectos de nuestro análisis entenderemos que existe título oneroso cuando se configuraba lo que actualmente conocemos como un contrato sinalagmático. En este sentido para hacerlo a título oneroso, la forma por excelencia entre ciudadanos romanos era a través de la *mancipatio* cuando se trataba de *res Mancipi*, mientras que para las *res nec Mancipi* bastaba la *traditio*. Por cuanto hace a la *in iure cessio*, al ser una ficción de reivindicación no podría decirse como tal que fungiera como transmisión a título oneroso, además de las complicaciones que implicaba al tener que asistir el magistrado para realizarse.

En esta tesitura, desde la época arcaica en que existía la *mancipatio* existía a su vez la *usus auctoritas*, la cual como explicáramos anteriormente consistía en dos figuras que se encontraban ligadas entre sí, puesto que era la prueba de la que se valía el *mancipio accipens* en caso de *reivindicatio* de un tercero, es decir, en la *mancipatio* cinco ciudadanos serían testigos de que el *mancipio dans* se presentaba como *dominus* de la cosa a enajenar, en otras palabras, como *auctor*. A partir de ese momento corría un plazo a favor del *mancipio accipens* de dos años para fundos o de un año para las demás cosas. Si durante este plazo, se presentaba ante el adquiriente, y por ende nuevo *dominus*, una *reivindicatio* por un tercero, entonces

el adquirente tenía que probar su aseveración en juicio (*rem meam esse aio*) a través del *auctor*, es decir de quien le transmitió la cosa. Ahora bien si durante el plazo señalado anteriormente no se presentaba ningún conflicto, el que fuera *mancipio accipens* adquiriría el *usus*, el cual como se explicara en párrafos anteriores, de acuerdo con Fuenteseca Degeneffe significaba que había adquirido el *dominium ex iure Quiritium*, lo que significaba que ya no necesitaría la presencia del *auctor* frente a una *reivindicatio* de un tercero, sino simplemente la de los testigos, que testificarían que el *mancipio accipens* recibió de quién se presentara en la *mancipatio* como *dominus* de la cosa. Por esta razón se dice que el *usus* era un *modus acquirendi*.

No obstante en el supuesto de que el demandante en la *reivindicatio* si pudiera demostrar que él era el verdadero dueño de la cosa, entonces automáticamente significaba que en realidad el *mancipio accipens* nunca había computado el plazo para adquirir el *usus*, por lo que el *mancipio dans* adquiriría *aeterna auctoritas*, no bastando por ende el testimonio de los cinco ciudadanos romanos que intervinieron en la *mancipatio*, por lo que tenían que llamar al *auctor*. En este entendido, si el *auctor* no lograba demostrar que era el verdadero dueño al momento de la *mancipatio* llamando a sus respectivos *auctores* o en caso de que no compareciera, el demandante de la *reivindicatio* adquiriría nuevamente el *dominium ex iure Quiritium* y el que fuera *mancipio dans* generaba responsabilidad por *auctoritas* frente a su comprador por el doble del valor en que fue adquirida la cosa.

2. La naturaleza jurídica de la *usucapio* como reinvencción del *usus auctoritas*

Esta figura de la *usus auctoritas* aunque vigente en la época arcaica de Roma al igual que la *mancipatio* perduró hasta su inclusión en las XII Tablas, y en esta misma codificación se agregaba que frente al extranjero la *auctoritas* era ilimitada o eterna. Por ello, ahora analicemos que cuando un extranjero deseaba adquirir de un ciudadano romano una *res Mancipi*, esto solo podía ser posible si el *peregrini*

tenía la concesión del *ius commercii*, lo cual no era una concesión muy habitual, y aún con ella, no podía adquirir el *dominium ex iure Quiritium*, por lo que la prueba de su adquisición a título oneroso sería la *aeterna auctoritas*, así que en caso de *reivindicatio* en su contra siempre tendría que llamar a la cadena de *auctores*.

Ahora bien, durante el siglo II a.C. ya la economía estaba monetizada, se introdujo el procedimiento formulario y se generalizó la *emptio venditio*. Esta última figura comenzó a relegar a la *mancipatio* poco a poco. En opinión de quién suscribe, esto puede ser debido a que como se dijo, conseguir la autorización del *ius commercii*, no parecía sencillo además de la inmensa cantidad de extranjeros que se adherían a la población romana tras cada conquista, por lo que la *emptio venditio* permitía una manera más sencilla de hacerse de una cosa perteneciente a un ciudadano romano, siendo extranjero, ya que a pesar de tener el *ius commercii* no se podía adquirir el *dominium ex iure Quiritium*, por lo que esta forma los dejaba en la misma posición que hacerlo mediante *mancipatio*, además de que los ciudadanos romanos también comenzaron a adoptar esta figura, lo cual era el equivalente a una tradición (*traditio emptionis causa*).

En ambos casos, tanto en *mancipatio* como en *emptio venditio* los extranjeros no obtenían el *dominium ex iure Quiritium*, sino que obtenía la cosa *in bonis* a lo que se le llamó propiedad bonitaria o propiedad pretoria, por ser el *praetor peregrinus* a quién se le adjudica la invención de esta. Por esta razón existieron dos tipos de dominio, lo cual los jurisconsultos denominaron *duplex dominium*, es decir, el dominio *in bonis* y el dominio *ex iure Quiritium*. Por lo anterior en el supuesto de que el extranjero participara con *ius commercii* en la *mancipatio* tenía como prueba de su adquisición la *aeterna auctoritas*, mientras que por el lado de la *emptio venditio* se tuvo que reinventar el *usus auctoritas*, denominándose *usucapio*, esta era “la adquisición por el *possessor* que es *bona fides emptor* siempre si adquirió del verdadero dueño, se tratase o no de ciudadano romano”²⁴¹

²⁴¹ Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *op. cit.*, “La exclusión del comprador...”, p. 14.

No debemos confundirnos en este caso con la condonación de prueba, ya que esta modalidad surge por la relegación de la *mancipatio* hecha por la *emptio venditio*, ya que lo único que se alcanzó con esta *usucapio* fue dar igualdad de comercio entre ciudadanos romanos y extranjeros mucho antes de la Constitución de Caracalla que recordemos se creó hasta el siglo II d.C; es decir, casi 4 siglos después. En este sentido la *usucapio* otorgada aquí, sobre todo a extranjeros, hacía que no existiera *aeterna auctoritas* para que estos defendieran su dominio, si no que podrían defenderlos y hacerlo valer por sí mismos, lo cual hacía la antigua *usus*. Lo que sucedió aquí fue que el Derecho pretorio interpretó al *usus* como *possessio*, dando como resultado la *usucapio*, en otras palabras, lo gramáticamente correcto hubiera sido decir que pasados los plazos establecidos, se obtenía la *possessio*, lo cual automáticamente te daba el *dominium*, lo cual no sucedió así por haberse inventado el término *possessio* y por existir en las XII Tablas el término *usus*.

Como vemos, lo único que sucedió fue la exclusión de la *mancipatio* como negocio principal, por ello Gayo en sus Institutas Libro II numeral 41 y 42, señala que debe usucapirse cuando no se haga la *mancipatio* para la transmisión de una *res mancipi*, ya qué ¿Por qué otro motivo alguien no haría la *mancipatio* para un *res mancipi*? Sino porque siendo extranjero no se tenía el *ius commercii* o siendo ciudadano romano lo hizo a través de la nueva figura de la *emptio venditio*. Por lo que la *usucapio* sigue siendo el mismo supuesto que el de la *usus auctoritas*, tratándose de una transmisión *a domino* pero para el caso de sustituirse la *mancipatio* por la *emptio venditio*. Ya que aunque el extranjero adquiriera el *dominium ex iure Quiritium* por *usucapio*, si el transmitente no era el verdadero dueño y el *verus dominus* le demandaba vía *reivindicatio* y era vencido en juicio, entonces perdía el extranjero el *dominium* e incluso la propiedad bonitaria, lo cual también le sucedía al ciudadano romano si usaba esta figura.

Asimismo, al igual que en la *usus auctoritas*, si no se había reunido el plazo estipulado para la *usucapio*, el extranjero que había adquirido por *emptio venditio*

podría ser desposeído de lo comprado si no se le reconocía el dominio de la cosa por la que ya había pagado, pudiendo incluso su vendedor hacerle la *reivindicatio* porque este tenía el *dominium ex iure Quiritium*, y negar la *emptio venditio*, ya que esta figura no especifica la presencia de testigos como en la *mancipatio*, por ello se creó la *actio Publiciana*, que explicaríamos en el primer capítulo del presente trabajo,²⁴² para proteger la *possessio*, que sería equiparado al *usus* antiguo, hasta que se cumpliera la *usucapio*.

Refuerza la teoría de reinterpretación del *usus auctoritas* que se convierte en la *usucapio* del Derecho romano clásico, el hecho de la existencia de la *lex Atinia*, ordenamiento cuya fecha exacta se desconoce pero se ubica a mediados del siglo II a.C. Dicha ley establecía: *quod subruptum erit eius rei aeterna auctoritas esto* (cuando la cosa ha sido obtenida subrepticamente la auctoritas es eterna) Lo cual resultaba confuso para la doctrina romanista puesto que afirma lo mismo que ya afirmaba la ley de las XII Tablas, es decir, que tratándose de cosas ajenas, que en otras palabras significaba la transmisión *a non domino*, la *auctoritas* era ilimitada.

Lo anterior es así dado a la entrada en vigor del procedimiento formulario, del cual no cabe hacer mayor análisis por no ser objetivo de este estudio encontrar las fallas o aciertos del mismo. Dicho procedimiento permitía no solo hacer *repersecutio* o *reipesercutio* de la cosa, si no que podía interponerse la *actio furti* ya fuera que se persiguiera a quién hurtó la cosa, tratándose de *furtum manifestus* o se persiguiera a la cosa mueble tratándose de *furtum nec manifestus*.²⁴³ En esta tesitura la redundancia de la *lex Atinia* respecto de la norma decenviral se justifica en el sentido de que quién tuviera la cosa mueble no sería acusado de *furtum*, lo que evitaría que; por ejemplo, si un individuo, ya fuera ciudadano romano o extranjero, adquiriera a título oneroso; es decir, por *mancipatio* o *emptio venidtio*, una cosa mueble hurtada

²⁴² Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, pp. 46-47.

²⁴³ Sobre el *furtum manifestus* y *furtum nec manifestus*, *Vid.*, Petit, Eugène, *op. cit.*, p.457-458.

y quién se la vendía era el hurtador; al momento de localizar la cosa, el comprador no podría ser acusado de *furtum*.

Lo que sucedía en el supuesto inmediato anterior es que al vendedor no se le acusaba tampoco de *furtum* sino que se le imponía responsabilidad ya fuera por *auctoritas* o *evictio*, dependiendo del procedimiento utilizado, para evitarle la infamia de la *actio furti*. No obstante lo anterior, si la cosa ya había sufrido otra transmisión, entonces se presumía que el último vendedor la había adquirido de buena fe, esto implicaba que a pesar de que este subsecuente vendedor tenía responsabilidad por *evictio* o *auctoritas* frente a su comprador, también tenía a su favor la *actio furti* frente a su respectivo vendedor, la cual por ser *nec manifestus* implicaba también el cobro del doble del valor que pagó. En resumen, quien intentaba la *actio furti* y la *reivindicatio*, lo cual se conocía en el procedimiento formulario como acción mixta, obtenía simplemente la restitución del *dominium* de la cosa mueble hurtada *nec manifestus*, por su parte quién fuera desposeído de la cosa, conseguía responsabilidad por *auctoritas* o *evictio* contra su vendedor, y si el vendedor había adquirido de buena fe de su respectivo vendedor y que fuera el hurtador, entonces tenía a su favor la *actio furti* por *furtum nec manifestus* contra este último, para demandar el pago del doble del valor de la cosa vendida.²⁴⁴

En este orden de ideas se concluye que las *res furtivae* no eran usucapibles ni a título oneroso ni por cualquier otra causa, porque por lógica toda *res furtivae* era *res subreptae*. Asimismo no eran usucapibles las *vi possessare res*, que eran las cosas poseídas con violencia o a espaldas del dueño, puesto que lo prohibía la *lex Iulia et Plautia*.²⁴⁵

²⁴⁴ Cfr., Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *op. cit.*, "La exclusión del comprador...", p. 33-36.

²⁴⁵ *Apud*, Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *op. cit.*, "La exclusión del comprador...", p. 39

3. ¿La *usucapio* era un modo de adquisición de transmisiones a *non domino*?

Por otro lado, no olvidamos lo que menciona Gayo en el Libro II, numeral 43, de sus *Institutas*, donde refiere: “*Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, siue mancipi sint eae res, siue nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui tradiderit, dominum esse*”²⁴⁶. (También usucapimos, sean o no *mancipi*, aquellas cosas que se nos entreguen por cualquiera otra persona que no sea el dueño, con tal que las hayamos recibido de buena fe y en la persuasión de ser su verdadero dueño el que nos las entregara.)

La anterior cita, a opinión de quién suscribe, es de la cual se deriva la confusión que se hiciera en el Derecho moderno de otras naciones al tomar como fuente el Derecho romano, incluso podría decirse que en la época justiniana también se malinterpretó algunas características de la *usucapio*. De esta manera la teoría de Fuenteseca Degeneffe clarifica en cuanto demuestra que lo que Gayo señala en este numeral es que ciertamente se podía adquirir *a non domino* pero solo cuando dicha transmisión la hacía el vendedor que tenía la creencia de ser dueño de la cosa, pero no por adquirirla a título oneroso y no precisamente se refería a figuras como la *donatio*, sino que se suponía para casos específicos en los que ambas partes, tanto el vendedor como el comprador, creían que quién tenía la cosa era el verdadero dueño, en otras palabras, cuando el vendedor en verdad tenía la creencia de ser el verdadero dueño. Como se anticipó, estas situaciones eran raras y poco comunes, que incluso el mismo Gayo las señala en sus *Institutas*, en específico en su libro II, numeral 50, donde refiere que el heredero que cree que la cosa le pertenece por ser parte de la herencia, cuando en realidad el *de cuius* disfrutaba la cosa en calidad de comodato, arrendamiento o depósito y el heredero no lo sabía, o bien, aquel que creía que era el dueño del hijo recién nacido de la esclava que tenía en usufructo, dejando la puerta abierta a cualquier otro supuesto,

²⁴⁶ Gayo, *op cit*, pp. 92-93.

siendo la condición que no exista causa de hurtar, en otras palabras tenía que demostrar que creía que la cosa era suya.

Los supuestos específicos en los que Gayo señalaba que se podía usucapir *a non domino* como vemos reunían ciertas características, a saber: 1) el vendedor no tenía que haber adquirido la cosa a título oneroso, 2) debía probarse que no existió causa de hurtar, 3) solo era para bienes muebles. Para clarificar lo anterior, supongamos que un individuo cree que la cosa es suya por actualizarse alguno de los supuestos descritos anteriormente o por algún otro supuesto en donde no haya causa de hurtar y que no haya sido adquirida la cosa por título oneroso, y esta persona decide transmitir posteriormente esta cosa a título oneroso a un comprador, y este lo transmite a su vez a otro comprador. En este sentido es claro que se daba por sentada la *usucapio* para que en este caso la persona que inicialmente se creía *verus dominus* no pudiera ser acusado de *furtum* por su comprador. Además cabe señalar que esta permisión nunca se configuró como ley en ningún ordenamiento sino que a Gayo lo describe como *quod ides receptum est*, es decir simplemente se aceptó.

Por otra parte, el *furtum* no existía en los bienes inmuebles, es decir no se encontraba regulado en ningún ordenamiento; sin embargo, fue objeto de discusiones doctrinales entre jurisconsultos, asegurando que la doble venta del bien inmueble podría configurar *furtum* o que el cese de pago de rentas de un arrendatario a un nuevo dueño también lo actualizaría al privar de a posesión de los frutos de su bien. Sin embargo, esto no trascendió en el sistema legal romano, más que en la práctica, escasamente.

Ahora bien, a partir de este momento la explicación se vuelve un poco turbia, e incluso en exclusiva opinión del que suscribe podría decirse que hasta Fuenteseca Degeneffe, pierde por momentos el hilo conductor, tal vez en un error de sintaxis, o también pudiera acontecer que quién no siga el hilo conductor sea el mismo que suscribe. De cualquier forma dejemos que el lector decida esto, al revisar

conjuntamente el texto "La exclusión del comprador a non domino de la usucapio", de la citada autora.

Acotada la prevención anterior, resumamos en palabras de Fuenteseca Degeneffe, lo siguiente:

Según los pasajes de Gayo aquí analizados, coexistían, pues, dos modalidades de *usucapio*: la del adquirente *a domino* a título oneroso (Gayo 2.41), que sería el originario caso de *usus* admitido en las XII Tablas, y la del *possessor* de buena fe, distinto del adquirente a título oneroso, que realizaba una *usucapio a non domino* (Gayo 2.43).²⁴⁷

En este sentido, ahora bien cabe señalar que podría decirse que jurisconsultos de la época romana e incluso doctrinarios contemporáneos del Derecho romano, incluida la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 236/2009 que se objeta, **han supuesto que la *usucapio* eliminaba la carga de la prueba al adquirente de buena fe a non domino**, lo cual es parcialmente cierto, siguiendo la lógica que hemos presentado. Es cierto, en el supuesto de que una persona haya adquirido: 1) una cosa mueble; 2) de diversa forma a título oneroso y 3) sin *animus furandi*. La pregunta sería ¿por qué solamente en este supuesto? La respuesta sería, porque el único motivo para reconocer que el *possessor a non domino* adquirió por el *dominium ex iure Quiritium* por *usucapio*, sería para evitar que le fuera aplicada la *actio furti* y en su caso se aplicara una pena menos severa o inclusive solo se le exigiera el pago que había recibido por la cosa mueble, o en su caso también se le aplicara la responsabilidad por *auctoritas* o *evictio* dependiendo del negocio utilizado con su comprador, ya que él poseía en calidad de buena fe, porque se creía el verdadero dueño, es decir, ignoraba que no era el verdadero dueño.

²⁴⁷ Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *op. cit.*, "La exclusión del comprador...", p. 31

Ahora bien, quizá el lector se preguntará ¿por qué solo cosas muebles?, y la respuesta obvia es porque el sistema legal no reconocía el *furtum* sobre bienes inmuebles. Y tal vez los detractores de esta teoría, replicarán que Gayo explica en sus Institutas a libro II numeral 43 que “también usucapimos, sean o no *mancipi*, aquellas cosas que se nos entreguen por cualquiera otra persona que no sea el dueño, con tal que las hayamos recibido de buena fé y en la persuasión de ser su verdadero dueño el que nos las entregara”.²⁴⁸ Pero pierden de vista que este precepto se explica conjuntamente con su numeral 50 del mismo libro donde da algunos ejemplos muy específicos, para ser exactos dos, pero deja abierta la posibilidad de que sean otros similares. Por eso esta *usucapio* realizada por el adquirente (*possessor*) de buena fe *a non domino*, es una excepción muy extraña y solo con el motivo de evitar que se confunda con el *furtum* y evitar sus consecuencias. Refuerza lo anterior el hecho de que las XII Tablas, la *lex Atinia* y la *lex Iulia et Plautia*, prohíben la *usucapio* de las cosas ajenas, que como se dijo en párrafos anteriores, toda cosa hurtada es ajena, pero no puede decirse que toda cosa ajena sea hurtada y por eso es específicamente se podría decirse que se permitió **fingir** la *usucapio* (como se fingía en la *actio Publiciana*) a efecto de que no le fuera aplicada la *actio furti* porque él no tenía conocimiento de su falso dominio y no había intención de hurtar.

Ahora bien, quién cuestione todavía esta teoría podría argüir que podría darse el mismo supuesto en que también pudiera caer en la falsa creencia de ser el dueño quien adquiere sin título oneroso un bien inmueble, disponiendo de él pensando ser heredero del mismo, sin darse cuenta que el *de cuius* lo disfrutaba en calidad de usufructuario, arrendatario o comodatario. La respuesta lógica para demostrar la diferencia en este supuesto, es que no se le reconoce al supuesto heredero haber adquirido por *usucapio* porque esta era una medida para evitar que fuera acusado de *furtum*, pero como no estaba establecido en ningún ordenamiento

²⁴⁸ *Ídem*.

legal que existiera *furtum* sobre inmuebles, no había necesidad de hacer valer o fingir la *usucapio*, simplemente perdería la cosa por *reivindicatio* o en caso de haberla vendido, tendría en su contra una responsabilidad por *auctoritas* o *evictio*.

Y aunque pudiera parecer injusto que tenga en este caso excepcional todavía una responsabilidad por *auctoritas* o *evictio* cuando dispuso de la cosa mueble sin saber que no era el dueño, esta no parece ser una variable en la que necesitemos profundizar puesto que no desvirtúa en ningún modo la teoría construida hasta el momento.

Cubierta esta explicación, intentaremos explicar la confusión que advirtiéramos en párrafos anteriores. Partamos refiriendo que **nuestra postura es que la *usucapio* nunca fue una forma de hacer inatacable el dominio de alguien por el transcurso del tiempo en posesión de la cosa.** Para sostener esta teoría, partamos de que el *usus auctoritas* del derecho romano arcaico, permaneció hasta el derecho clásico instaurándose en las XII Tablas. Hasta este punto sucedió que el *usus auctoritas* era un *modus acquirendi* del *dominium ex iure quiritium*, pero si se demostraba que el vendedor no era el dueño (es decir que era una cosa ajena o *subreptae*), no importaba que se hubiese computado el plazo, se consideraba que nunca hubo *usus*. Como dijimos, hace un momento, la expresión y fórmula de la *usus auctoritas* se insertó íntegra en las XII Tablas, y a partir de su reinterpretación surgió la *usucapio*. Dicha reinterpretación surgió a partir de que la *emptio venditio* se volvió la forma de adquisición más generalizada en la práctica para el desarrollo económico, al poner en igualdad de comercio a extranjeros y ciudadanos romanos mucho antes que la Constitución de Caracalla, porque la *emptio venditio* se equiparaba a la *mancipatio*, pero no se igualaba por las siguientes razones:

<i>Mancipatio</i>	<i>Emptio Venditio</i>
Para que alguien pudiera participar en una <i>mancipatio</i> , tenía que ser ciudadano romano o tener <i>ius</i>	Sin importar si se era ciudadano romano o extranjero se permitía participar en la <i>emptio venditio</i>

<i>commercii</i> , (lo cual se adquiría a través concesiones especiales, no siendo al parecer un trámite accesible a la población en general.)	
La <i>mancipatio</i> se podía realizar <i>a non domino</i> , a sabiendas o no de ello	La <i>emptio venditio</i> se podía realizar <i>a non domino</i> , a sabiendas o no de ello
El comprador recibía la cosa y podía interponer <i>reivindicatio</i> a pesar de aún no tener el <i>dominium ex iure Quiritium</i> (al no haberse cumplido el <i>usus</i> todavía) por tener pruebas de ello, es decir, la <i>auctoritas</i> del vendedor.	El comprador recibía en <i>traditio</i> la cosa, pero si alguien decidía hacerle <i>reivindicatio</i> (incluso el propio vendedor, puesto que este mantenía el <i>dominium ex iure quirite</i>) no podía defender su dominio, sino hasta que se creó la <i>actio Publiciana</i> , que le permitía fingir transcurrido el tiempo de la <i>usucapio</i> para recuperar la cosa.
Después de dos años para fundos y uno para las demás cosas; el <i>usus</i> (después <i>usucapio</i>) permitía al comprador adquirir el <i>dominium ex iure quiritium</i> lo que le permitía reclamar por sí mismo su derecho de dominio.	A pesar de que con la <i>emptio venditio</i> el comprador adquiría únicamente la cosa <i>in bonis</i> , la <i>usucapio</i> permitía adquirir el <i>dominium ex iure Quiritium</i> por tener la <i>possessio</i> durante el plazo de dos años para fundos y uno para las demás cosas.
La <i>mancipatio</i> era el negocio contractual	La <i>emptio venditio</i> era el negocio contractual
El <i>usus</i> arcaico era el equiparable a la <i>possessio</i> clásica	La <i>possessio</i> clásica era la equiparable al <i>usus</i> , por ello “la teoría clásica sobre el <i>usus</i> apuntaba que este era el vocablo con el que antiguamente se designaba a la <i>posesio</i> ”. ²⁴⁹

²⁴⁹ Cfr., Bonfante, Pietro, *op. cit.*, p. 284

La forma de adquisición del dominio se denominaba: <i>usus auctoritas</i> o <i>usucapio</i> .	La forma de adquisición del dominio se denominaba <i>usucapio</i> .
---	---

Era en estas dos situaciones en la que la *usucapio* de la época clásica permitía adquirir el dominio, únicamente habiéndose adecuado a su realidad con la entrada de la *emptio venditio*, y en ambas situaciones se consideraba que no había *usucapio* cuando se descubría que el vendedor no era el dueño de la cosa, es decir, era eterna la incertidumbre del momento en que se pudiera establecer la *reivindicatio*. Asimismo, no olvidemos la excepción a la regla donde se permitía usucapir para bienes muebles de los que su poseedor actuara pensando que él era el legítimo dueño por error, excepción que solo le permitía la ventaja de no ser increpado con una *actio forti*.

No obstante lo anterior, lo que nos desconcierta sobre Fuenteseca Degeneffe es la siguiente cita:

Pero este plazo de dos años resultaba demasiado corto para que el propietario se percatase de que otra persona estaba poseyendo el fundo, esto es, que estaba apoderándose de los frutos o actuando como titular de la explotación económica del mismo, sobre todo a finales de la época clásica cuando el imperio romano había experimentado su enorme expansión territorial. **El propietario del fundo tendría solamente dos años para interponer la acción reivindicatoria frente al *possessor*, salvo que se tratase de un adquirente a título oneroso.** Como hemos dicho, quedaban fuera de la *usucapio* (igual que en el caso de los bienes muebles) los inmuebles adquiridos *a non domino* (por ausencia de *iusta causa possidendi*), excepción que estaba vigente desde las XII Tablas y la ley Atinia.

Pero aunque esta excepción era beneficiosa para el *verus dominus*, por otra parte, creaba un problema para la seguridad del tráfico de inmuebles. El

adquirente *a non domino* de un inmueble estaba eternamente expuesto a ser vencido por la *reivindicatio* del *verus dominus*, aunque tendría en este caso la posibilidad de exigirle responsabilidad por *auctoritas* o por evicción al vendedor (según el negocio jurídico que se hubiese celebrado), cuya responsabilidad en este caso era asimismo eterna.²⁵⁰

Esto causa confusión debido a que la citada tratadista refiere: “El propietario del fundo tendría solamente dos años para interponer la acción reivindicatoria frente al *possessor*, salvo que se tratase de un adquirente a título oneroso”.²⁵¹ Esto nos da a entender que existe un supuesto en el que los fundos pueden usucapirse y obtenerse el *dominium ex iure quiritum* cuando se adquieren por distinta forma a título oneroso, porque si se adquieren bajo esta última modalidad, entonces la *usucapio* podrá ser desvirtuada en cualquier momento, por comprobarse que la transmisión fue *a non domino*. Esta excepción la ejemplifica la autora con el acreedor pignoraticio, que pudiera tener el aprovechamiento de los frutos del fundo a su favor como garantía de su crédito, lo cual pudiera entenderse como prenda sobre los frutos del fundo como pacto anticrético.²⁵² Y del cual el comprador pudiera creer que era el dueño del fundo cuando solo era un acreedor pignoraticio. Por ello resulta confuso el ejemplo de la multicitada autora porque en dado caso el deudor pignoraticio al saldar su deuda, debía exigir la devolución de la cosa al acreedor pignoraticio, y si descubría que había vendido el fundo, aprovechándose de su situación de acreedor pignoraticio, entonces el deudor, debió haber pedido la *reivindicatio* de la cosa al comprador, dado que no existía *furtum* en inmuebles, obteniendo así el deudor pignoraticio de vuelta el fundo y el acreedor con una responsabilidad por *auctoritas* o *evictio* frente al comprador. Sin embargo, la cita de la tratadista en comento, refiere que en este caso el plazo para obtener *usucapio* ya

²⁵⁰ Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *op. cit.*, "La exclusión del comprador...", pp. 58-59.

²⁵¹ *Ídem*.

²⁵² *Apud*, Huber Olea, Francisco José, *op. cit.* pp. 586-590.

no solo funciona como *modus acquirendi* sino como *exceptio*. Además cabe señalar que no se trata del mismo supuesto que la excepción sobre bienes muebles, dado que incluso en aquella excepción la *reivindicatio* era eterna.

De cualquier forma, de existir contradicción alguna, esta no puede simplemente atribuirse a Fuenteseca Degeneffe, sino que es el mismo Gayo quién hace pensar en dicha confusión, por lo referido en el numeral 44 del libro II de sus Institutas, ya que, si bien, en dicho numeral Gayo plasmara que nunca existió disposición legal que señalara la permisión de usucapir bienes muebles adquiridos de forma diversa a título oneroso y en los que no existía *furtum* y que explicara en el numeral 50, lo cierto es que al final del citado numeral 44 señala: *cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium* (que estos plazos parecieron suficientes para que el propietario inquiriera o vigilase su cosa). En este entendido, observamos dos cosas, que se habla tanto de bienes muebles e inmuebles por los plazos referidos y que es la única fuente en la que parece que Gayo nos señala que el plazo para que se configure la *usucapio* no solo funge como *modus acquirendi* sino también como extintivo de la *reivindicatio*. Lo cual entraría en contradicción con el origen de la *usucapio*, es decir el *usus auctoritas*, porque en aquel se podía reivindicar la cosa a pesar de que el comprador hubiese adquirido el *usus* y por ende el *dominium ex iure Quiritium*.

Por ello Fuenteseca Degeneffe refiere que solo se cuentan con dos años tratándose de fundos para establecer la *reivindicatio* a menos que la transmisión se haya hecho a título oneroso, en cuyo caso da a entender que sería infinita. De esta manera dicha tratadista continúa exponiendo que se tuvo que ampliar el plazo a 3 años en la época postclásica para usucapir bienes muebles.²⁵³

Establecido lo anterior, concedamos que a partir de la época clásica la

²⁵³ Cfr., Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *op. cit.*, "La exclusión del comprador...", pp. 46 y 51.

usucapio fungió no solo como *modus acquirendi* si no como modo extintivo de la *reivindicatio* y supongamos que cuando Gayo refiere en su libro II numeral 44 de sus Institutas: *Quod ideo receptum est*, significaba precisamente que no existió disposición legal que reconociera que el plazo de la *usucapio* extinguiera el plazo de la *reivindicatio* pero así se hizo para evitar la incertidumbre del dominio de las cosas.

Esta “ley por costumbre” digamos que impulsó a que posteriormente se abandonara la distinción entre fundos y el resto de las cosas, que señalaban las XII Tablas al hablar de la *usus auctoritas* y que en su lugar primero se ampliara a *res soli* para referirse también a los edificios y posteriormente se hablara de *usucapio* de bienes muebles e inmuebles con Ulpiano, al referir él mismo: *Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis annii vel bienii rerum mobilium anni immobilium bienii* (La usucapión es la adquisición de la propiedad por la continuación de la posesión de cosas muebles durante un año y de cosas inmuebles durante dos años) Esta última distinción no puede fecharse exactamente; sin embargo, se sabe que Ulpiano lo escribió después del año 320 de nuestra era.²⁵⁴ La cual permaneciera así desde entonces.

Ahora bien, para continuar con nuestra disertación es preciso recordar en este punto a la *praescriptio longis temporis*,²⁵⁵ que era una figura jurídica utilizada como excepción frente a la *reivindicatio* del *dominus* de fundos provinciales, para ello recordemos que los fundos provinciales eran parte del *ager publicus* no repartido y que solo se utilizaba para cultivo, donde el Estado mantenía el *dominium* de las tierras y era cultivada por los ciudadanos quienes tendrían que pagar un *stipendium* a cambio de su uso, este derecho de posesión podía ser heredado o vendido. Entonces, cuando alguien adquiría *a non domino* uno de estos fundos y quien tenía realmente el derecho a poseer interponía la *reivindicatio*; el adquirente

²⁵⁴ Cfr., Huber Olea, Francisco José, op cit. p. 669

²⁵⁵ Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, pp. 46-47, 50 y 51.

a *non domino* oponía como excepción la *praescriptio longis temporis* y aunque no adquiría el dominio, podía continuar poseyendo y usufructando el fundo provincial. Otro supuesto refiere que los ciudadanos romanos obtenían del Estado el derecho de posesión sobre los fundos provinciales pero estos eran dados a los plebeyos para cultivar y vivir en ello, al estilo feudal, por lo que cuando el ciudadano romano que pagaba el *stipendium* interponía ante los plebeyos la *reivindicatio* esta era inefectiva por la *praescriptio longis temporis* que corría en los plazos de 10 años para presentes y 20 años para ausentes.

De acuerdo con Fuenteseca Degeneffe, ya a partir del segundo siglo de nuestra era y establecido el auge de la *emptio venditio*, las ventas *a non domino* se volvieron una práctica muy común y se complicaba para los compradores cerciorarse de que quién les vendía era el verdadero dueño, por ello es que a finales de la época clásica el concepto de *probatio diabólica* fue muy común, cuando se volvió imposible demostrar que el transmitente era el verdadero dueño

. Para evitar esto Constantino estableció como requisito de la *emptio venditio* que los vecinos del fundo a transmitirse declararían que si el vendedor era el verdadero dueño, esto se conoció como *probatio proprietatis*.²⁵⁶ Con esto se demuestra como la *usucapio* no repara la falta de *mancipatio* como lo señalan doctrinario y la Suprema Corte, sino que la *emptio venditio* era la nueva *mancipatio* y lo único que le faltaba a la *emptio venditio* era la *probatio proprietatis* que si tenía la *mancipatio*, es decir los cinco testigos, y al para llenar ese vacío se creó en el Derecho pretorio la *actio publiciana*, pero hasta Constantino fue que se impuso nuevamente la declaración de los vecinos como *probatio proprietatis*.

La aplicación de este requisito no solo aplicaba para fundos itálicos sino

²⁵⁶ Cfr., Fuenteseca, Degeneffe, Margarita, "La fides publica romana", *Revue internationale des droits de l'antiquité*, Bélgica, núm. 60, 2013, pp. 132-133, <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2013/07.Fuenteseca.pdf>

también para fondos provinciales,²⁵⁷ y con ello se pretendía dar seguridad de tráfico y hacer inatacable la *proprietas* del comprador, lo cual señala Fuenteseca Degeneffe al señalar que:

El comprador debía, pues, procurarse la testificación de los vecinos, puesto que la declaración de pública voz por el *populus*, representado en el acto de la venta por los vecinos, le proporcionaba la plena seguridad a su adquisición, convirtiéndole en propietario inatacable frente a todos. La *fides publica* o testimonio fiel que emanaba del *populus (vox populi)* conllevaba el reconocimiento público de su derecho de propiedad.

Finalmente explica Constantino (FV 35.7) su propósito de que esta solemnidad sea cumplida “de modo que la venta falaz y fraudulenta desaparezca, absolutamente sepultada”. Y añade que “en adelante, todos deben obedecer esta ley para que todas las cosas, investigadas con diligente cuidado, en relación con la totalidad de las transmisiones, discurran sin peligro, y no hagan temer a nadie, por causa de imprevisión, un perjuicio malicioso”²⁵⁸

A pesar del esfuerzo de Constantino la figura de la declaración vecinal desaparece de las constituciones postclásicas. Y no obstante esto Teodosio II con la misma intención de Constantino, instaló la figura del *firmitas contractus*, es decir, que con esta figura intentaba frenar las ventas *a non domino*. A través de la *firmitas contractus* se establecía que tratándose de venta de inmuebles, los contratos deberían constar en los registros municipales para declarar su firmeza, mientras que quien vendiera un mueble debía extender un recibo.²⁵⁹

²⁵⁷ *Apud*, Fuenteseca, Degeneffe, Margarita, *op. cit.*, "La fides...", pp. 134-135

²⁵⁸ *Íbidem*, p. 137.

²⁵⁹ *Cfr.*, *Íbidem*, pp. 147-148.

Con Justiniano como emperador, vuelven a reformarse las figuras y siguen sin reaparecer la *demonstratio proprietatis* a través de las declaraciones vecinales y a su vez desaparece la *firmitas contractus* de Teodosio II. En su lugar se instauró una potestad pública denominada *ius confidenciorum actorum* que otorgaban ciertos magistrados al transcribir los hechos de venta, dando así una firmeza perpetua a los contratos (*perpetua firmitas*) Asimismo recordemos que Justiniano desaparece la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, además de desconocer el *ius Quiritium*.

Recapitulando encontramos que la extinción de la *reivindicatio* se dio por mera costumbre. Posteriormente, se dio la distinción entre usucapión de muebles e inmuebles, a la par de existir la *praescriptio longi temporis*, Esta última figura ocasionó que en época justiniana se reconociera que no solo se extinguía la *reivindicatio* sino que también se adquiriera la propiedad de la cosa. Y puesto que Ulpiano refiera que la distinción de la *usucapio* radicaba ya entonces sobre inmuebles y muebles, entonces dejó de ser necesaria la diferencia entre fundos itálicos y provinciales, porque anteriormente solo se podían usucapir fundos itálicos más adelante ampliado a *res soli*, para comprender a los edificios. Por esto Justiniano fusiona ambas figuras y traslada los plazos de la *praescriptio longi temporis* a la *usucapio* de bienes inmuebles. Por ello señala Fuenteseca Degeneffe, que:

Con la *exceptio longi temporis* se abrió una vía de hecho por medio de la cual todo el que poseyese de buena fe durante un largo tiempo, ya fuese adquirente *a non domino* o no, pudiese considerarse propietario. El reconocimiento oficial de esta forma de adquisición de la propiedad se produjo más tarde, en época justiniana, por medio de la institución de la *possessio longi temporis*.²⁶⁰

²⁶⁰ Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *op. cit.*, "La exclusión del comprador...", p. 63

Posteriormente, con Justiniano ya ni la *iusta causa possidendi* era necesaria con la *praescriptio longissimi temporis* que como dijimos en el primer capítulo, se basaba en la *praescriptio triginta annorum* de Teodosio II, referida a la prescripción extintiva de las acciones.

4. Contradicciones teórico - históricas de la *usucapio*

Por otra parte la Corte señala: “Acorde con lo anterior, la institución denominada usucapión en el derecho romano era una figura reparadora que, al confundirse en el Código Napoleón, con la *praescriptio longi temporis*, combinó sus efectos”,²⁶¹ lo cual es falso ya que dicha fusión se dio con Justiniano y no en el Código de Napoleón.

Lo que se trata de demostrar en este punto es que la *usucapio* no nació como un modo de adquisición inatacable de la propiedad y si en época postclásica se concibió como tal, eso no significa que haya sido lo adecuado. Esto es así por las siguientes razones.

La *emptio venditio* surgió como forma generalizada de compra venta entre ciudadanos romanos y extranjeros por igual, abandonando la *mancipatio* porque los extranjeros no podían acceder a tal negocio fácilmente, lo que sucedió en consecuencia fue que como en la *emptio venditio* no había testigos, el comprador no podría probar su adquisición *a domino* como en la *mancipatio* a través de los cinco testigos, por ello se creó la *actio Publiciana*, en otras palabras esta acción sustituyó a los testigos. Posteriormente en el 212 de nuestra era entró en vigencia la Constitución de Caracalla en la que se concede la ciudadanía romana a todos los habitantes del territorio romano, dejando de distinguir entre ciudadanos romanos y extranjeros, por lo que en este preciso momento a criterio de quien suscribe resulta

²⁶¹ Contradicción de Tesis 236/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 6.

superflua la distinción entre propiedad quiritaria y bonitaria, puesto que todos adquirirían inmediatamente el *dominium ex iure Quiritium* que era reservado anteriormente a ciudadanos romanos únicamente. Con esta Constitución debió eliminarse la *mancipatio* o la *emptio venditio*. Así las cosas, si se eliminaba la *emptio venditio* todo debió ser como antes con la *mancipatio* y la *usus auctoritas* pues todos eran ciudadanos romanos, mientras que si se eliminaba la *mancipatio* debió dotarse a la *emptio venditio* de testigos como medio probatorio de adquisición *a domino* como en la *mancipatio*, lo cual no sucedió sino hasta el Imperio de Constantino, a partir del 324 d.C, al convertir el testimonio de los vecinos de la cosa inmueble a vender como *probatio proprietatis* y requisito indispensable de la *emptio venditio*, a pesar de que aún sin este eran válidas las transmisiones.

Desde el particular punto de vista del que suscribe debió ser un requisito obligatorio de validez la declaración vecinal; sin embargo, no lo fue. Asimismo siguiendo con criterio propio, cabe señalarse que la *probatio proprietatis* instaurada de Constantino, debió ser seguida de la anulación de la *actio Publiciana*, puesto que esta fue indispensable para evitar la *reivindicatio* cuando no existían testigos para defender la adquisición *a domino*, asimismo pudo haberse extinguido la *usucapio*, puesto que la innovación de Constantino hacía que la transmisión del dominio con la *emptio venditio* fuera consensual y por ende inatacable, lo cual se conoció como el principio *emptione dominium transfertur*.²⁶² Por desgracia esto no ocurrió así y dichas figuras jurídicas continuaron existiendo.

El principio *emptione dominium transfertur* continuó vigente en el imperio de Teodosio II puesto que en su Código Teodosiano del 429 d.C. todavía se menciona el mismo; sin embargo ya había suprimido la declaración vecinal como *probatio proprietatis* y creó en su lugar lo que se consideraría el Registro Público de su época, es decir, la *firmitas contractus* que era la conclusión de la compra venta de inmuebles en los registros municipales. Finalmente Justiniano elimina el principio

²⁶² *Apud*, Fuenteseca Degeneffe, Margarita, *op. cit.*, "La fides...", p. 15

emptioe dominium transfertur y la *firmitas contractus*, estableciendo en su lugar el *ius confidenciorum actorum*.

Ahora bien, según lo analizado en Gayo y en Fuenteseca Degeneffe, solo se permitía la adquisición a *non domino* cuando no provenía de *furtum* tratándose de muebles y en inmuebles cuando se poseyera por otra causa que no fuera a título oneroso, y esta adquisición no fue de acuerdo con Gayo impuesta por la ley si no por la práctica, y a su vez extinguía la *reivindicatio*. En otras palabras, legalmente solo existía la *usucapio* de adquirentes a *domino* por título oneroso y la excepción eran los casos citados anteriormente, cuya inatacabilidad fuera motivo de discusión en párrafos anteriores; sin embargo, quedaba clara la exclusión para usucapir del comprador a título oneroso a *non domino*. Exclusión que fuera desestimada ya desde Constantino con el principio *emptioe dominium tranfertur* pero que continuara con Justiniano en su Código al permitir la *usucapio* de compras a *non domino*.

Con base en lo anterior, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su considerando quinto, estima que: “La usucapión es una figura que tiene su origen en el derecho romano. Surgió como un mecanismo necesario para la seguridad jurídica, evitando que, después de generaciones o siglos, se reclamaran algunos vicios en la trasmisión de derechos”.²⁶³ Es parcialmente cierta, si hablamos del derecho romano postclásico y más aún en el justiniano, puesto que como explicamos en páginas anteriores la *usucapio* no surge como una institución para reparar vicios en la transmisión de derechos, puesto que la misma estuvo prohibida para compradores a *non domino*. Y si alcanzó esta función fue por contradicciones legales que se espera hayan quedado en páginas anteriores, si no esclarecidas, por lo menos entabladas para su futura profundización.

²⁶³ Contradicción de Tesis 236/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 6

Ahora bien la Corte se equivoca nuevamente en su criterio cuando refiere que: “la institución denominada usucapión en el derecho romano era una figura reparadora que, al confundirse en el Código Napoleón, con la *praescriptio longi temporis*, combinó sus efectos”²⁶⁴. Puesto que dicha fusión y por ende confusión fue hecha por Justiniano y no en el Código napoleónico, recordando que el Derecho francés sureño utilizó como base precisamente el Derecho justiniano.²⁶⁵

Finalmente la Suprema Corte termina estableciendo que la naturaleza jurídica de la usucapión o prescripción adquisitiva es el de ser además de un modo de adquirir la propiedad, como función o efecto real; una forma de “reparar un acto jurídico que en principio es traslativo de dominio pero que por alguna causa, esa traslación no se completa o completado adolece de algún vicio”²⁶⁶, como función reparadora.

Hasta este momento, lo único que se desea, es que el lector sea consciente de que la noción de usucapión, prescripción positiva o prescripción adquisitiva que actualmente se tiene, es la que se deriva del Derecho romano justiniano donde se convierte en una forma de legitimación del adquirente *a non domino* de buena fe e incluso del de mala fe. Cuando la *usucapio* nunca surgió con ninguna función reparadora, ya que lo único que permitía dicha figura era evitar la *aeterna auctoritas* del vendedor, es decir la eterna comparecencia del vendedor ante cualquier reivindicación en contra de su comprador o de los subsecuentes compradores de su comprador. Además de que el hecho de que en siglos posteriores se utilizara además como forma extintiva de las acciones para reivindicar, no significa que aquello haya sido un acierto para garantizar mayor seguridad jurídica.

²⁶⁴ *Ídem*.

²⁶⁵ Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, p. 54-55.

²⁶⁶ Contradicción de Tesis 236/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 6

II. ¿EN QUE MOMENTO SOMOS PROPIETARIOS?

Para entender esta última aseveración, es menester recapitular que existe una muy marcada contradicción entre el consensualismo y el formalismo para la validez de los actos jurídicos que generan o transmiten propiedad inmueble en nuestro sistema jurídico mexicano, y que incluso se encuentra de forma textual en los ordenamientos civiles tanto de entidades federativas como en el del ámbito federal, tal y como aparece en los artículos: 1832, 1833, 2249, 2316, 2317 y 2320 del Código Civil Federal, del tenor:

Artículo 1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Artículo 1833. Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Artículo 2249. Por regla general, la venta es perfecta y obligatoria para las partes cuando se han convenido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada ni el segundo satisfecho.

Artículo 2316. El contrato de compra-venta no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino cuando recae sobre un inmueble.

Artículo 2317. Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda al equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento

de la operación y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante Notario, Juez competente o Registro Público de la Propiedad.

Artículo 2320. Si el valor de avalúo del inmueble excede de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, su venta se hará en escritura pública, salvo lo dispuesto por el artículo 2317.²⁶⁷

De lo anterior y tal como se aprecia, tomamos de ejemplo el acto jurídico de la compra-venta como acto transmisor de propiedad, y en específico de propiedad inmueble. Así las cosas, vislumbramos que cuando un individuo desea adquirir la propiedad de un inmueble a través de la compra-venta se haya ante una situación jurídica incierta, puesto que habrá que cuestionarse: ¿En qué momento me convierto en el nuevo propietario de dicho inmueble?

1. Sobre la intención consensualista del Derecho civil mexicano

De acuerdo con el numeral 1832 antes citado, para la validez de los contratos en general no se necesita de formalidades, a menos que la ley lo exija; a su vez se observa de los diversos 2316, 2317 y 2320, que tratándose de bienes inmuebles cuyo valor no exceda 365 días de salario mínimo general, se podrá dar en documento privado ante dos testigos, cuyas firmas se ratifiquen ante Notario Público, Juez o el Registro Público de Propiedad, mientras que para inmuebles que excedan el valor referido en líneas anteriores, tendrá que otorgarse en escritura pública. Sin embargo, no debe pasar desapercibido que el artículo 2249 del mismo ordenamiento civil sustantivo, señala que la compraventa se perfecciona cuando se

²⁶⁷ *Código civil federal*, México, 2019.

ponen de acuerdo en el precio y cosa vendida.

En ese orden de ideas, de afirmar que la transmisión de propiedad se adquirió en el momento de perfeccionarse la compra-venta por estar de acuerdo en el precio y el inmueble a enajenar o cuya propiedad se transmite, se estaría ante una postura consensualista y que el mismo artículo 2249 reconoce, y que refuerza el diverso 1796, que a la letra refiere:

Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.²⁶⁸

Y no obstante que dicho artículo señala la excepción de la forma, no debe perderse de vista que en principio nuestro sistema jurídico civil es de corte consensualista, donde el formalismo sólo cumple un mero papel de información a terceros como veremos más adelante.

Por otro lado si atendemos al resto de artículos transcritos, y decidimos que la propiedad se transmite y por ende se adquiere hasta que el contrato tenga validez, tomaríamos la postura del formalismo. Cabe señalar que los defensores de esta corriente, señalan que el objeto del contrato de compra-venta no es la transmisión de la propiedad sino la creación de obligaciones de dar, hacer o no hacer; sin embargo, no compartimos dicha postura al existir diversos tratadistas que explican cómo es que la traslación de propiedad si es el objeto de este contrato, como es el caso de Bonnecase, tal y como lo explica Borja Soriano, al referir: “Bonnecase [...] sostiene que a la función del contrato se debe la transmisión de la

²⁶⁸ *Ídem.*

propiedad y demás derechos reales, sin necesidad de que intervenga para este resultado la obligación de dar”.²⁶⁹

De la misma forma Alessio Robles, señala:

La doctrina en general considera que el objeto directo del acto jurídico es la creación, transmisión, modificación o extinción de relaciones jurídicas y que el objeto indirecto o mediato es la conducta de dar, hacer o no hacer que debe reportar el obligado, a la vez que ésta constituye el objeto directo de la relación jurídica, mientras que el objeto indirecto o mediato de ésta es la cosa que el obligado debe dar o el hecho positivo o negativo que el acreedor tiene derecho de exigir del deudor.²⁷⁰

Esta última cita, es demasiado precisa para colegir que el objeto inmediato del contrato de compraventa es la transmisión o traslación de propiedad, de esta forma podemos afirmar que se es propietario de un inmueble en el momento en que se perfecciona el contrato de compraventa correspondiente, y si aún no se está de acuerdo con esta decisión, basta transcribir lo que señala el artículo 2015 del multicitado Código Civil Federal, que a la letra dice: “Artículo 2015. En las enajenaciones de alguna especie determinada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta, y determinada con conocimiento del acreedor”.²⁷¹

Sin embargo, si hasta este punto nos encontramos convencidos del consensualismo de los actos jurídicos, esto no es más que el principio del problema

²⁶⁹ Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 20a. ed., D.F., Porrúa, 2006, p. 141.

²⁷⁰ Alessio Robles, Miguel, *Temas de derechos reales*, 3a. ed., D.F., Porrúa, 2012, p, 185.

²⁷¹ *Código civil federal*, México, 2019.

y de la contradicción anunciada al iniciar el trabajo en cuestión, ya que no se puede hacer caso omiso del resto de artículos citados en párrafos que anteceden y que atienden a la corriente del formalismo, puesto que es un hecho que forman parte del mismo sistema jurídico.

La respuesta más común, aparentemente sensata y que intenta evitar el conflicto explicaría que la formalidad que exige la norma como elemento de validez se trata de una manera de salvaguardar los derechos de terceros no involucrados en el acto jurídico y que pudieran verse afectados por lo mismo. Por ello el carácter de la escritura pública, hablando de inmuebles cuyo valor excede los 365 días de salario mínimo, no obstante deja de lado que al señalarse la formalidad como un elemento de validez da paso a una nulidad de carácter relativa, la cual es convalidable por confirmación o prescripción como lo señala Borja Soriano, al señalar que:

- a) Los actos inexistentes no pueden hacerse válidos por una confirmación ni por la prescripción [...]
- b) Tampoco puede borrarse la nulidad absoluta por confirmación o por prescripción [...]
- c) La nulidad relativa es susceptible de borrarse retroactivamente por la conformidad del acto, emanada de aquel o de aquellos que tenga la acción de nulidad, es decir, por la renuncia de esta acción y por la prescripción...²⁷²

Como se aprecia de la explicación del maestro Borja Soriano con respecto a las nulidades, sólo la nulidad relativa es convalidable, y si esta conclusión la aplicamos al problema que tenemos, lo lógico sería establecer, retomando el tema, que ante la falta de escritura pública del contrato de compraventa, sería solicitar la confirmación del acto, que sería a través de la acción proforma para el otorgamiento

²⁷² Borja Soriano, Manuel, *op. cit.*, p. 97.

e inscripción de escritura pública, o a través de la usucapión como forma de adquisición positiva. No obstante, el que suscribe considera que ello no puede ser posible en esta última forma, pero antes de entrar a dicha consideración, reafirmemos como es que esta contradicción entre formalismo y consensualismo no es una malinterpretación del que suscribe, sino que tiene su origen en la deficiente evolución e inserción de las corrientes en nuestro Derecho mexicano.

Así las cosas, señala Borja Soriano tres etapas esenciales que marcan un cambio en las corrientes utilizadas en diversas codificaciones civiles en las que se apoyaron nuestros juristas para elaborar la propia, refiriendo:

Derecho Romano [...] “el dominio de las cosas se transfiere por la tradición... no por nudos pactos”, no por el solo contrato [...], que únicamente servía para producir obligación.

El principio moderno. Como resultado de una evolución, que comenzó en el Derecho Romano y que continuó en el Derecho antiguo francés [...], el Código Napoleón abandonó la regla que hace necesaria la entrega de la cosa para la transmisión de su propiedad, y estableció el principio moderno [...]

El artículo 1436 del Código de 1884 dice: “En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica; salvo convenio en contrario”, y el artículo 2014 del Código de 1928 sustituye las palabras “salvo convenio en contrario” por éstas: “debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del registro Público”.²⁷³

²⁷³ *Íbidem*, p. 140.

De esta transcripción se aprecia que inicialmente en el Derecho Romano se hablaba de contratos reales o negocios reales, es decir, aquellos que se perfeccionaban con la entrega de la cosa, ya fuera de forma fáctica o ficticia, mientras que el Derecho francés a partir del Código napoleónico se reconoció el consensualismo, el cual adoptó el Derecho mexicano en sus sendos códigos de 1870, 1884 y el actual de 1928, en la forma en que se describiera en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación,²⁷⁴ siendo en el código civil de 1928 en el que se señala que la formalidad atiende a la finalidad del Registro Público y no a que el reconocimiento de la validez del contrato, y por ende de la transmisión de la propiedad, se deriva de la formalidad, tan es así que como lo señala el maestro Ortiz Urquidi, las palabras de los legisladores del código de 1928 son claras en señalar que su voluntad fue la de un código consensualista, reproduciendo para tal efecto la exposición de motivos de dicho ordenamiento, al tenor siguiente:

Se desea que la fecunda iniciativa individual no se detenga frente al rigorismo de los contratos solemnes, y que la equidad, base esencial del Derecho, prepondere sobre el inflexible texto de la ley, a cuyo efecto se reconoció que producen consecuencias jurídicas los convenios cumplidos por el deudor, aunque no llenen las formalidades legales.²⁷⁵

Con base en lo expuesto se aprecia que el error de la legislación consistió y consiste en el intercambio del objeto directo del contrato con el indirecto de la relación jurídica nacida, por ello Alessio Robles, explica al maestro Sánchez Medal de la siguiente forma:

Tal y como lo enseña el maestro Sánchez Medal, el legislador traspoló los objetos del acto jurídico y de la relación jurídica, y consideró como

²⁷⁴ Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, pp. 97-112.

²⁷⁵ Ortiz Urquidi, Raúl, *Derecho civil. Parte general*, 3a. ed., D.F., Porrúa, 1986, p. 343.

objeto de aquél al objeto indirecto de ésta. En la práctica no es usual decir: “Juan transmite a Pedro el derecho de propiedad sobre tal bien”, sino que se dice “Juan vende a Pedro tal bien”, razón por la cual el legislador optó por considerar como objeto del acto la cosa que el obligado debe dar o el hecho positivo o negativo que debe reportar.²⁷⁶

2. *Sobre el formalismo en la compra venta y los efectos del Registro Público en el Derecho civil mexicano*

Por todo lo anterior, podría decirse que la formalidad de la escritura pública en la compraventa de inmuebles cuyo valor exceda los 365 días de salario mínimo únicamente es para que esta sea oponible a terceros, puesto que es bien conocido que en nuestro sistema jurídico mexicano, la inscripción de dicho acto en el Registro Público de la Propiedad, solamente tiene efectos declarativos; pero observamos que esto tampoco es del todo cierto, tal y como lo demuestra el caso de la doble venta, puesto que por lógica y lo expuesto anteriormente cuando A vende a B un inmueble y después A se lo vende a C, es obvio que B es el propietario del bien y no C, dado que A ya no tenía el dominio del bien para venderlo a C, no obstante de acuerdo a la legislación, si C formaliza e inscribe su escritura pública, mientras que B no formaliza, en este caso se considera a C el propietario del inmueble, lo que resulta extraño cuando nuestra legislación asevera que la inscripción de actos jurídicos sólo tiene efectos declarativos, tal y como se desprende del artículo 3008, del tenor: “Artículo 3008. La inscripción de los actos o contratos en el Registro Público tiene efectos declarativos.”²⁷⁷

Señala Carral y de Teresa, al hablar de los sistemas registrales, que existen dos modos de adquirir la propiedad basándose en dos doctrinas, así por un lado sostiene que al ser nuestro Derecho de naturaleza romana, existen las mismas

²⁷⁶ Alessio Robles, Miguel, *op. cit.*, p. 185.

²⁷⁷ *Código civil federal*, México, 2019.

figuras para adquirir la propiedad que existían en el antiguo Derecho Romano, mientras que por otro lado al tener de igual forma esencia germánica, se adecua a teorías alemanas donde la publicidad es el elemento de existencia de los actos jurídicos inscritos, por lo que en el sistema jurídico mexicano la inscripción de actos jurídicos sólo tiene efectos declarativos y no constitutivos como en el derecho alemán; exponiendo además que nuestras legislaciones hacen una incorrecta mezcla de ambas doctrinas, lo que deriva en contradicciones normativas.²⁷⁸ Lo anterior es así dado que en sus respectivos sistemas de transferencia de propiedad “los germanos se caracterizaron por privilegiar el aspecto objetivo, mientras que el consensualismo y subjetivismo primaba en los romanos”.²⁷⁹ Esto explicaría de alguna forma el problema señalado en el párrafo anterior, pero no le da una solución armónica.

3. Sobre el efecto retroactivo de la usucapión.

Hablar del efecto retroactivo de la prescripción, es hablar de los efectos de las sentencias en juicios de usucapión o prescripción adquisitiva, ya que debemos distinguir entre la postura de los efectos declarativos y la postura de los efectos constitutivos.

Por un lado, decir que las sentencias de este tipo son de efectos constitutivos, equivale a reconocer que no se considerará propietario de la cosa al promovente, sino hasta el momento en el que el juez emita la sentencia correspondiente. Por otro lado, decir que las sentencias son de efectos declarativos, significaría que el usucapiente, se convierte en propietario al reunirse todos los requisitos de la

²⁷⁸ *Cfr.*, Carral y de Teresa, Luis, *op. cit.*, p. 314-315.

²⁷⁹ Trebejos Peña, Friolán, "¿Quién me dirá si soy propietario?: Aspectos registrales del derecho de la propiedad y el registro como mecanismo de protección de titularidades", *Fuero Registral: Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral*, Lima, año X, núm. 7, junio de 2011, p. 228.

usucapión o prescripción adquisitiva; y la sentencia únicamente servirá para obtener un título de propiedad.

Por ello, es importante analizar varias tesis aisladas que contienen los criterios de los tribunales que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siendo una de ellas, la de rubro: "SENTENCIAS DECLARATIVAS (PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA)", del tenor:

Entre las sentencias declarativas o sean aquellas que se limitan a declarar la existencia de un derecho preexistente, sin que por la sentencia se produzcan efectos jurídicos nuevos distintos de la cosa juzgada, debe contarse la sentencia pronunciada en un juicio seguido por quien se considera adquirente por prescripción, en contra de la persona a cuyo nombre aparece inscrito el bien; es declarativa, porque si la propiedad se adquirió fue en virtud de haberse consumado la prescripción previamente al juicio, por lo que la sentencia tan sólo declara la existencia de un derecho adquirido con anterioridad: Sobre esto dice Couture: "La sentencia de prescripción adquisitiva es de mera declaración. El actor tiene un derecho evidente a inequívoco; pero la forma excepcional en que ese derecho ha sido adquirido, carece de una prueba perentoria que acredite su condición, le apareja incertidumbre y perjuicio. ..."; mediante el proceso, el poseedor procura hacer cesar la incertidumbre. Nada más. No se pide al Juez que mande dar, hacer o no hacer alguna cosa; se pide simplemente una declaración". (Estudios de Derecho Procesal Civil; Tomo II, página 344). De aquí infiere el autor citado que no es absolutamente necesario que la sentencia contenga, como punto resolutivo, la declaración de que el poseedor ha adquirido la propiedad por el hecho preexistente de haberse consumado la prescripción. La adquisición del dominio, dice, es la consecuencia jurídica del hecho anterior, y establecida esa consecuencia por la ley, no es indispensable que sea declarada por los Jueces. De acuerdo con esos

antecedentes, no debe tomarse como punto de partida de la propiedad del adquirente por prescripción, la fecha en que se pronunció la sentencia declarativa de la prescripción adquisitiva, puesto que dicha sentencia no engendró el derecho de propiedad, sino tan sólo declaró su preexistencia.²⁸⁰

Analizando el criterio anterior, encontramos que se sustenta en la doctrina de Eduardo J. Couture; sin embargo, el legislador de aquella época ignora que cuando Couture menciona que la sentencia es de mera declaración lo hace para referirse a la prescripción treintañal que no requiere un justo título para ser promovida, de acuerdo al código civil uruguayo de la época.

De acuerdo a Couture:

El poseedor que detenta un predio durante treinta años, sin justo título ni buena fe, pero en forma continua, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y en concepto de propietario (art 1196, C. C.), se transforma en dueño, de acuerdo con la norma contenida en el art 1211, C. C. Transformando en propietario por virtud del hecho posesorio, se halla en condiciones de repeler todo intento de reivindicación por parte del ex-dueño o de cualquier otro que se considere con derecho. Su situación jurídica es inequívoca. Ha adquirido por virtud de un modo que la ley reconoce (art 705, C.C.) y su dominio es oponible a terceros. La prescripción en su faz extintiva, es la excepción legal que dispone.

Pero hay un contraste entre la firmeza de su condición para repeler en juicio las agresiones de terceros, y la situación en que se haya para demostrar, pacíficamente, en el comercio jurídico, su condición de dueño.

²⁸⁰ Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CXVII, p. 587.

Dada la naturaleza de su modo de adquisición del dominio, el poseedor carece habitualmente del título que acredite su condición.²⁸¹

En otras palabras, el poseedor que detenta un predio durante treinta años, sin justo título ni buena fe, pero en forma continua, no interrumpida, adquiere el derecho de propiedad, que en ese mismo momento es oponible a terceros. Sin embargo, requiere de un título para que su propiedad exista en la vida comercial y no así para proteger su titularidad, ya que esta se encontrará protegida por la prescripción negativa.

Por lo anterior, reiteramos que cuando se cita a Couture en el criterio judicial anteriormente transcrito, se hace de forma inadecuada, puesto que en este caso únicamente se habla de un supuesto en especial que no todas las legislaciones locales, en México, contemplan, ya que nuevamente de acuerdo al autor: “El dominio no necesita reconocimiento, porque se ha adquirido de pleno derecho por la posesión treintañal hábil. La ley no reclama fórmulas solemnes para consolidarlo”.²⁸²

Ahora bien, el efecto retroactivo de la usucapión implica reconocer al usucapiente como propietario, desde el momento en que comenzó el plazo para usucapir; sin embargo, debe primero completar los requisitos de la usucapión para que se le considere propietario retroactivamente. No obstante esto, existe un criterio judicial antiguo que considera que solo se le considerará propietario al usucapiente, a partir del momento en que se hayan cumplido los requisitos de la usucapión, a pesar de que la sentencia declarativa sea emitida con posterioridad; tal es la esencia de la tesis aislada de rubro, “PRESCRIPCIÓN, SENTENCIA SOBRE”, del tenor:

²⁸¹ Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, t. II, pp. 335-336.

²⁸² *Íbidem*, pp.344-345.

Las sentencias sobre prescripción adquisitiva son declarativas, porque si la propiedad se adquiere en virtud de haberse consumado la prescripción previamente al juicio, la sentencia tan sólo declara la existencia de un derecho adquirido con anterioridad. Ahora bien, no debe tomarse como punto de partida de la propiedad de quien la adquiere por prescripción, la fecha en que se pronuncie la sentencia declarativa de la prescripción adquisitiva, pues dicha sentencia no engendra el derecho de propiedad, sino tan sólo declara su preexistencia y hay que entender que la propiedad se adquiere al cumplirse el término que la ley señala para ese efecto.²⁸³

De este último criterio son partidarios Juárez Taipe y Pozo Sánchez, al apoyar que la retroactividad se considere a partir del momento en que se cumple el plazo necesario para prescribir, pero por el contrario consideran que la sentencia debe ser de efectos constitutivos, lo cual incentivaría a los poseedores a accionar y no esperar a oponerse como excepción.²⁸⁴

Por otro lado, encontramos la tesis de rubro: "PRESCRIPCIÓN POSITIVA. SE INICIA A PARTIR DE QUE SE POSEE EL INMUEBLE EN CONCEPTO DE DUEÑO Y SE CONSUMA EN EL MOMENTO EN QUE HA TRANSCURRIDO EL TIEMPO NECESARIO EXIGIDO POR LA LEY; DE MODO QUE LA SENTENCIA QUE LA DECLARA PROCEDENTE, SÓLO CONSOLIDA EN FORMA

²⁸³ Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CXII, p. 1432.

²⁸⁴ *Cfr.*, Juárez Taipe, Estefany y Pozo Sánchez Julio E., "¿Sentencia declarativa o constitutiva en los procesos de prescripción adquisitiva de dominio? Propuesta para reformar el artículo 952 del Código Civil desde la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema", *Actualidad Civil*, Lima, vol. 9, marzo de 2015, pp. 286-287, https://works.bepress.com/julio_pozo_sanchez/7/download/

RETROACTIVA EL TÍTULO DE PROPIEDAD”, refiere que:

De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 1135 y 1156 del Código Civil para el Distrito Federal, se obtiene que la prescripción adquisitiva o usucapión, es un medio de adquirir la propiedad de un inmueble, por la posesión prolongada del mismo, durante el tiempo y bajo las condiciones determinadas por la ley; de ahí también se arriba a la conclusión de que la prescripción se inicia precisamente a partir de que el interesado entra a poseer el bien; de esa manera, si tal prescripción no se interrumpe por las causas naturales o legales requeridas o, si no se le hace cesar, entonces, se consuma al momento en que se ha cumplido el plazo de posesión exigido por el ordenamiento jurídico, según el caso concreto (posesión de buena o mala fe). La necesidad de promover la acción de prescripción o de oponerla como excepción en el juicio relativo, se hace patente si se toma en cuenta que la usucapión, aun consumada, no surte efectos de pleno derecho, pues para que esto sea así, es necesario que se ejerza vía acción o vía excepción; pero, debe aclararse, la sentencia judicial que declara propietario por prescripción al poseedor de un bien, no es la que consuma la usucapión, pues ésta se consuma por el solo transcurso del tiempo y, la sentencia que así lo declara, sólo consolida el título de propiedad, al declarar procedente el derecho prescrito a favor del interesado. Consecuentemente, la sentencia que determina que es propietario por prescripción, el poseedor de un bien, surte efectos desde que la prescripción se inició, pues se entiende que desde entonces se poseyó animus dominiis el bien prescrito. Eso es lo que algunos tratadistas denominan "retroactividad de la prescripción".²⁸⁵

Asimismo, la tesis aislada de rubro: "PRESCRIPCIÓN POSITIVA. LA

²⁸⁵ Tesis I.5o.C.86 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, julio de 1999, p. 892.

SENTENCIA QUE LA DECLARA PROCEDENTE SURTE EFECTOS RETROACTIVAMENTE A LA FECHA EN QUE SE ENTRÓ EN POSESIÓN DEL BIEN, PUES ESA RESOLUCIÓN CONSOLIDA EL TÍTULO DE PROPIEDAD EXHIBIDO PARA ACREDITARLA.”, sostiene que:

La prescripción adquisitiva o usucapión es un medio de adquirir la propiedad a título personal mediante la posesión pacífica, continua, pública, cierta y en concepto de dueño, por el tiempo que establezca la normatividad aplicable. Sin embargo, dicha figura no tiene únicamente el efecto de adquirir la propiedad por el transcurso del tiempo y cumpliendo ciertos requisitos legales, sino que también tiene una función reparadora, ya que subsana un acto jurídico que, en principio, es traslativo de dominio, pero que, por alguna causa, esa traslación no se completa o completada adolece de algún vicio. Así, la sentencia que declara procedente la propiedad por usucapión surte efectos retroactivamente a la fecha en que se entró en posesión del bien pues, como se dijo, esa resolución consolida el título de propiedad exhibido.²⁸⁶

Estas últimas dos tesis, sostienen que es a partir del momento en que se inicia el plazo de la prescripción, cuando se considera propietario retroactivamente al usucapiente, situación que ya explicara de antaño Salvat, al referir:

La adquisición de la propiedad por medio de la prescripción no se realiza a contar del día en que la prescripción queda cumplida, sino con efecto retroactivo al día en que ella se inició, si se trata de la prescripción de diez años a veinte años, este principio se explica sin dificultad alguna, porque hay de por medio un título de adquisición cuya fecha marca el punto inicial de la propiedad; la prescripción adquisitiva habrá venido a

²⁸⁶ Tesis II.1o.42 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, septiembre de 2016, p. 2859.

consolidar esa propiedad, poniéndola a cubierto de los defectos que el título presentaba. Si se trata de la prescripción de treinta años, el acto de iniciación de la posesión debe considerarse como el punto de partida de la propiedad, porque es a contar desde esa fecha que el poseedor se ha considerado con derecho al inmueble.²⁸⁷

Y a pesar de que la postura seguida en la presente investigación, es la de negar los efectos reparadores de la usucapión sobre los títulos viciados, lo cierto es que se reconoce que de la interpretación sistemática de las leyes civiles y familiares, se entiende que la usucapión tiene efectos retroactivos para reconocer la propiedad del usucapiente al momento en que inicia la posesión, al menos en las legislaciones civiles y familiares de Aguascalientes, Baja California Sur, Chiapas, Ciudad de México, Durango, Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala y Yucatán.

Lo anterior es así debido a que al hablar de la sociedad conyugal, dichas legislaciones en esencia refieren que son propios de los cónyuges aquellos bienes que posean antes del matrimonio, pero que adquieran por usucapión una vez en matrimonio. Esto quiere decir en palabras de Salvat que "...si la adquisición por prescripción no tuviere efecto retroactivo, la cosa hubiera pertenecido a la sociedad conyugal y no al cónyuge que la poseía desde antes de la constitución de ésta."²⁸⁸

Al igual que Díaz Reyna,²⁸⁹ no encontramos una justificación suficiente para

²⁸⁷ Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, 5a. ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1962, t.II, p. 293.

²⁸⁸ *Ídem*.

²⁸⁹ *Cfr.*, Díaz Reyna, Emilio A., "El efecto retroactivo de la usucapión", *Revista notarial de Córdoba*, Córdoba, Argentina, núm. 31, 1976, p. 27, <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/10/RNCba-31-1975-01-Doctrina.pdf>

sustentar el efecto retroactivo de la usucapión, salvo que la relación con la norma sobre la sociedad conyugal deviene del artículo 1402 del Código napoleónico de 1804, cuya literalidad refiere: “*tout immeuble est repute de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échue depuis à titre de succession ou donation.*”²⁹⁰ (Se reputa todo inmueble como adquirido en comunidad, si no está probado que uno de los esposos tenía la propiedad o posesión legal anteriormente al casamiento, o adquirida después a título de sucesión o donación)

En contra del efecto retroactivo de la usucapión, Díaz Reyna sostiene que se cae en la contrariedad de establecer que si al adquirir el usucapiente la propiedad retroactivamente, significa entonces que el anterior titular registral deja de serlo retroactivamente también, y por ende todos los actos en los que haya constituido derechos reales sobre la cosa usucapida resultan en un futuro que son hechos a *non domino*.²⁹¹

El citado autor ejemplifica el dilema anterior a través de la figura de la hipoteca, ya que refiere que si un titular registral solicita un crédito amparándose en su instrumento público para constituir una hipoteca, la posesión material del bien no será revisada por la mayoría de prestamistas. En dicho caso claramente se habla de la hipoteca constituida posterior a la entrada en posesión del usucapiente. Por lo tanto al quedar consumada la usucapión, se entenderá que el antiguo titular registral que constituyó la hipoteca no debe ser entendido como titular del bien, pues en la fecha de constitución de la hipoteca es titular retroactivo el usucapiente.²⁹²

²⁹⁰ *Code Civil des Français. Édition originale et seule officielle*, París, De L'imprimerie de la République, 1804, p 341, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f2.item.langFR>

²⁹¹ *Cfr.*, Díaz Reyna, Emilio A., *op. cit.*, p. 16.

²⁹² *Cfr. Ibidem*, pp. 17-23.

No obstante lo anterior, no pasa desapercibido, para el que suscribe, que en algunas legislaciones civiles dicho problema se encuentra resuelto de antemano; tal es el ejemplo del Código Civil para el Distrito Federal, cuyo artículo 2903, establece: “La hipoteca constituida sobre derechos reales, sólo durará mientras éstos subsistan; pero si los derechos en que aquélla se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los disfrutaba, éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios...”.²⁹³ Sin embargo, esto significa que para legislaciones que sigan la misma línea que la antes citada, el titular registral anterior si deja de considerarse propietario retroactivamente.

Ahora bien, en otro supuesto, imaginemos un caso de doble venta, donde el comprador A cumple los requisitos para prescribir, mientras que el comprador B quien si inscribiera su inmueble decide ejercitar acción reivindicatoria contra el comprador A, pasado el plazo para prescribir a favor de este último. En juicio, el comprador A interpone como excepción la prescripción adquisitiva del inmueble. Esto significaría que la sentencia reconocería que el comprador A era el dueño del inmueble, aun cuando se demande al nuevo titular registral (comprador B) porque la posesión surgió antes de la nueva inscripción de título, sin verse interrumpida ni natural, ni civilmente el plazo para usucapir. Y para el caso de ser constitutivo el Registro Público, se caería en la contrariedad de que el nuevo titular registral perderá su propiedad en menos tiempo que el estipulado para la usucapión, lo cual sería ilógico si se utiliza la necia justificación de que la usucapión es un castigo para el propietario negligente.

Visto todo lo anterior, dependiendo de la corriente jurídica de la que seamos partícipes, podremos decidir si la sentencia de usucapión, es de efectos declarativos o constitutivos. Lo anterior, en vista de que para el positivismo, la usucapión no es una norma individualizada, que por el contrario si lo son: las sentencias, actos

²⁹³ *Código civil para el Distrito Federal*, Ciudad de México, 2018.

administrativos, testamentos y contratos; en este caso, consideramos por ende que la sentencia de usucapión es de efectos constitutivos. Mientras que en cualquier otro caso, la sentencia será de efectos declarativos.

Ahora bien, por lo que hace al efecto retroactivo de la usucapión, nos inclinamos por aquel que reconoce como propietario al usucapiante al momento en que se cumplen los requisitos, toda vez que reiteramos que nuestra postura es la de negar los efectos reparadores de la usucapión sobre títulos imperfectos, siendo además incorrecto señalar dichos efectos reparadores, porque se estaría perdiendo la línea que diferencia la convalidación con la prescripción adquisitiva y la prescripción negativa.

III. EN BUSCA DE UN SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD EFICAZ

En este sentido, si bien en México la transmisión de derechos reales es consensual, este no garantiza la inatacabilidad del derecho adquirido. Ahora bien, si consideramos que en México además se tiene un sistema registral de corte francés, es decir, meramente declarativo,²⁹⁴ como analizamos y cuestionamos anteriormente, contiene elementos del registro de derechos, pero en esencia se dice que es francés por no ser constitutivo de derechos. En resumen podríamos decir que nuestro sistema de transferencia es consensual, y si bien contamos con un sistema registral, esto no lo hace esencialmente un sistema de registro, doctrinariamente hablando, por ello recordemos que algunos tratadistas no realizan la división de sistemas de transferencia entre consensual y de registro, sino más bien entre registro de derechos y registro de títulos o documentos.

Teniendo en cuenta que nuestro sistema de transferencia es consensual o “pseudoconsensualista”, como lo refiere Martínez Velencoso, es por ello que no es

²⁹⁴ *Apud*, Lopez Juárez, Ponciano, *op. cit.*, p. 295

un sistema de transferencia óptimo o eficaz, dado que en lugar de dar al negocio jurídico o acto jurídico, por ejemplo de la compra venta, como objeto directo la obligación de dar, se le dio el de la inmediata transmisión de la propiedad, como demostráramos en líneas anteriores.

Explica la referida autora que de haber dado al acto jurídico el objeto directo de la obligación de dar, esto implicaría que el comprador tendría el interés de proteger el bien, lo cual no podría hacer, dado que quien tiene la facultad para ejercer cualquier acción en defensa del bien sería el vendedor quién aún tiene la propiedad de la cosa y por ende sería el legitimado activamente para defensa. Por ello la tradición francesa consideró más adecuado darle al comprador la habilidad para defender el bien, otorgándole la propiedad y no la obligación de dar con el consentimiento del acto jurídico. El problema con esta decisión es que se da la propiedad inmediata al comprador sin que si quiera tenga la posesión del mismo y por ende sepa de qué vicios adolece su posesión o propiedad.²⁹⁵

Asimismo, señala Lange, que un sistema de transferencia óptimo se logra reuniendo el principio de causalidad con un sistema de adquisición *a non domino*, para proteger a las partes de los vicios del acto o negocio jurídico y a su vez garantizar la seguridad dinámica o de tráfico.²⁹⁶ Cabe hacer el breve señalamiento en este apartado de que existiendo en los actos traslativos un título o causa y un modo, cuando se sigue el principio causalista, la propiedad, por ejemplo, se transmitirá si el título o causa es válido, de no serlo y aun habiendo concretado el modo, es decir, la tradición o entrega del bien, el comprador solo tendrá la posesión y no la propiedad. Por su parte el principio de abstracción por oposición al principio causalista, sostiene que sin importar la validez del negocio o acto jurídico, la propiedad se habrá transmitido, por lo que solo le otorga tanto al vendedor como

²⁹⁵ Cfr., Martínez, Velencoso, Luz M., *op. cit.*, p. 15.

²⁹⁶ Cfr. Lange, H., "Rechtswirklichkeit und Abstraktion", *AcP*, núm. 148, 1943, p.226, *cit. pos.*, *Íbidem*, pp. 16-17.

comprador una pretensión de carácter obligacional, siendo la de aquel el cobro del precio y la de este la entrega del bien.²⁹⁷

En este orden de ideas el sistema español sería un buen ejemplo de sistema de transferencia de propiedad, ya que si bien se rige bajo el principio causalista, debe añadirse que si el derecho adquirido se ha inscrito, habiendo recibido el mismo de su antecesor inmediato registral, entonces vuelve inatacable el derecho del comprador sin importar la ilegitimidad del vendedor.²⁹⁸ No habrá que confundir que el sistema registral español sea de efectos constitutivos, sino que se refiere al caso hipotecario en específico, donde los efectos si son constitutivos, pero en sí su sistema registral es declarativo.

En otras palabras, se trata de crear un sistema de transferencia que reúna las características de ambos principios, o lo que es lo mismo que reúna las características de los sistemas de transferencia consensual y de registro de derechos. Siendo importante señalar que las desventajas del sistema de registro de derechos que se vieran en el capítulo segundo del presente trabajo de investigación, son también solucionadas en el sistema español, ya que en este el registrador asume el riesgo económico con su patrimonio, es decir, que responde por sus equivocaciones.²⁹⁹

Y aunque no es objetivo del presente estudio realizar una estructuración detallada del sistema registral que debería existir en México, si es una parte que debemos tocar por ser parte del sistema de transferencia de propiedad. Por lo que en conclusión debemos encontrar un sistema de transferencia que otorgue seguridad dinámica y estática o lo que es lo mismo seguridad jurídica y seguridad del tráfico. Analizando el modelo español encontramos que tiene un elemento de

²⁹⁷ Cfr., *Íbidem*, pp. 16.

²⁹⁸ Cfr., *Íbidem*, pp. 17.

²⁹⁹ Cfr., Arruñada, Benito, *op. cit.*, p. 10.

inatacabilidad del derecho inscrito que no se alcanza en el modelo mexicano más que con la usucapión, prescripción adquisitiva o prescripción positiva.

Por otra parte, ya se había señalado que la Suprema Corte recalca que la usucapión tiene una función reparadora en caso de que el acto traslativo adoleciera de algún vicio. Al respecto debe señalarse que la falta de forma no es ningún vicio, sino más bien un requisito de validez convalidable como lo señala la propia Corte en su disertación, y a diferencia de lo que opina este órgano de justicia federal, la usucapión no puede usarse cuando ya se ha transmitido la propiedad a través de un contrato traslativo de propiedad, ya que sería ilógico usucapir un bien propio, ya que esa no es la función de dicha figura como se demostró históricamente. Refuerza nuestro dicho lo señalado por el entonces ministro José Ramón Cossío Díaz en su voto disidente a la contradicción de tesis 236/2009, del tenor:

Por lo anterior, no me parece lógico que el comprador, que ya es propietario, ejercite la acción de prescripción positiva respecto de un bien del que ya es propietario, pues no puede limitarse la prescripción a los efectos que tiene la acción pro forma, ni ser procedente en aquellos casos en los que no ha habido desinterés por parte del vendedor y las obligaciones se están cumpliendo, puesto que no hay inseguridad jurídica que cubrir en dichos casos.³⁰⁰

Por lo tanto, lo que nos acercaría a un sistema de transferencia óptimo sería la implementación de un registro de derechos, que si bien, no se soslaya que nuestra realidad registral cuenta con muchas características del registro de derechos, siendo el más notable la calificación registral *ex ante*, lo cierto es que un registro de derechos haría inatacable el derecho adquirido. Lo anterior podría

³⁰⁰ Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en la contradicción de tesis 236/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011.

parecer alarmante a muchos, pero la realidad es que es un sistema cuya implementación se ha postergado por ya casi 100 años, puesto que su implementación en el orden jurídico mexicano ya estaba contemplado desde el proyecto del código civil de 1928, tal como se demuestra en la revisión de dicho proyecto, del tenor:

La Comisión muy a su pesar tuvo que prescindir de la sustantividad del Registro que había implantado el Proyecto volviendo a la doctrina del Código de que el Registro sólo produce efectos contra terceros.

La falta de Catastros Jurídicos; lo defectuoso de los Catastros fiscales; la imperfecta titulación de una gran parte de la propiedad; el hecho de que los registradores sean empleados puramente administrativos sin carácter judicial alguno y otras muchas causas que sería prolijo enumerar, hacen que por ahora no sea posible el implantar el Registro con sus efectos sustantivos, por más que esto sea un desiderátum al que quizá se llegue más tarde.

Se estableció que los documentos que conforme a este Código debieran registrarse y no se registren, sólo producirán efectos entre quien los otorgue; pero que no podrán producir perjuicios a tercero, el cual sí puede aprovecharlos en lo que le fueren favorables.³⁰¹

De la transcripción realizada podemos observar que de haberse instaurado el Registro con efectos sustantivos, hubiesen sucedido los mismos efectos que suceden actualmente en el sistema legal mexicano con la usucapión de buena fe, pero no hubiese existido contradicción teórica, y se hubiese asemejado al ejemplo del sistema registral hipotecario español. Es decir, una vez celebrado el acto jurídico, se habría transmitido la propiedad al comprador, la cual podría ser

³⁰¹ García Téllez, Ignacio, *op. cit.*, pp. 96-97.

impugnada antes de que se inscribiera su derecho en el Registro Público, el cual debería hacer a su vez un acucioso examen *ex ante* para declarar cualquier defecto en la transmisión. De no encontrar ninguno, entonces se procedería a la inscripción del derecho y sería inatacable. Lo mismo sucede con el sistema actual y la usucapión de buena fe, es decir, si el mismo sujeto compra del titular registral, el contrato o acto jurídico traslativo, puede ser impugnado, aún inscrito en el registro declarativo, la única forma que volvería inatacable dicho derecho sería el computo del plazo de usucapión. Sin embargo este último presenta una ventaja y una desventaja que el otro sistema no tiene. Por ejemplo el sistema actual con registro de efectos declarativos, permite la publicidad en el sentido de avisar a todos los posibles afectados antes de que se cumpla el término de cinco años para usucapir de buena fe o de diez para prescribir cualquier acción, pero presenta la disyuntiva de que ya se es propietario y la usucapión sigue siendo vista como un modo de adquirir la propiedad, lo cual es redundante. En otras palabras permite la seguridad dinámica o del tráfico, y una seguridad jurídica opcional a diez o cinco años.

Cabe señalar que nuestro sistema registral mexicano a pesar de ser declarativo no da la opción de ser potestativo, ya que en el artículo 3007 del Código Civil Federal, se establece que: “Los documentos que conforme a este Código sean registrables y no se registren, no producirán efectos en perjuicio de tercero”.³⁰² Lo cual nos da a entender en un sentido muy general que mientras los documentos no estén inscritos, no existen para terceros, es decir que un tercero afectado por dichos documentos, jamás perdería el derecho a accionar, en otras palabras jamás operaría la prescripción negativa de su acción, lo cual deja en eterna incertidumbre la seguridad del tráfico. Y quizá se podría alegar que en todo caso, la usucapión o prescripción adquisitiva de buena fe, resolvería este supuesto, pero en todo caso esta misma no podría ser desvirtuada a pesar de ser inscrita en el Registro, que es cuando podría surtir efectos en perjuicio de terceros, lo que resulta contradictorio, aun tratándose de mala fe, puesto que

³⁰² *Código civil federal*, México, 2019.

son acciones basadas en actos jurídicos de los cuales no surtieron efectos para terceros. Asimismo, no se comparte la idea de que la prescripción adquisitiva o usucapión pueda alegarse como excepción, puesto que de acuerdo con las leyes vigentes, el computo del plazo se interrumpe cuando se interpone demanda, de lo contrario se estaría considerando que la usucapión se configura por ministerio de ley y solo se formaliza cuando así lo decida la persona legitimada para ello.

No debe soslayarse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su multitudinaria contradicción de tesis 236/2009, establece además que:

Con independencia de que se diga que un acto ineficaz siempre debe ser inválido, cabe señalar que esto no necesariamente ocurre. Lo anterior es así, pues puede transcurrir el tiempo para que la acción susceptible de anularlo prescriba negativamente y el acto ser convalidado; pero si no reviste la forma apta para considerarse un documento auténtico y, por tanto, inscribible, no surtirá efectos ante terceros y dicho acto si bien resulta válido, no será eficaz. Incluso, desde otra perspectiva, se podrá entender que en dicho caso el vicio subsiste, pero lo único que ocurre es que no se puede exigir que se corrija, ello por efecto de la prescripción negativa. Pero lo mismo sucede si una compraventa se eleva a escritura pública y no se inscribe. En este caso, el acto en todo tiempo es perfectamente válido; pero mientras no sea oponible a terceros por medio de la publicidad registral, no será eficaz, al no surtir efectos ante éstos. Pero puede ocurrir lo contrario, es decir, que sólo surta efectos inter partes. Con lo que se ve que existen dos esferas de eficacia, aunque el legislador sólo reconozca los efectos inter partes.³⁰³

³⁰³ Contradicción de Tesis 236/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 6

Al guiarse de esta forma la Corte, finaliza estableciendo que la oponibilidad ante terceros es una consecuencia necesaria de los actos de compraventa, la cual en ciertos inmuebles se logra con la publicidad que otorga el registro, pero además agrega que: “no quiere decir que la inscripción en el Registro Público de la Propiedad sea constitutiva de derechos; sino que, para que el derecho real de propiedad cumpla con todas sus características, debe estar inscrito, y si no lo está, ese derecho de propiedad resulta imperfecto, al no ser oponible a terceros.”³⁰⁴

Esta forma de conducirse del órgano jurisdiccional federal, nos sugiere que la responsabilidad de dar seguridad jurídica a los terceros es elección de los particulares y no del Estado, siendo la inscripción potestativa. Lo cual se deriva de haber señalado que prescribiendo la facultad de accionar la nulidad del contrato de compra venta por falta de forma, significaba igualmente la prescripción de solicitar la acción pro forma, lo cual fuera desestimado por el Segundo Tribunal Colegiado del Tercer Circuito en Materia civil en el amparo directo 533/2009, al señalar que la acción por forma es imprescriptible, basándose para ello en la tesis aislada de rubro: COMPRA VENTA DE INMUEBLES ES IMPRESCRIPTIBLE EL DERECHO DE EXIGIR EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA.³⁰⁵ Siendo que muchas otras acciones son imprescriptibles como la división de predio, la declarativa de prescripción, o en su caso la acción reivindicatoria, como lo señala la jurisprudencia del rubro: ACCIÓN REIVINDICATORIA. ES IMPRESCRIPTIBLE.³⁰⁶

Además debe señalarse que este razonamiento que hace la Corte, desde la perspectiva de quien suscribe, es un razonamiento forzado que utiliza para justificar

³⁰⁴ *Ídem.*

³⁰⁵ Tesis XXII.16 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, mayo de 1996, p.605.

³⁰⁶ Tesis 154, *Apéndice del Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, t. V, Civil Primer Parte - SCJN Primera Sección - Civil Subsección 2 - Adjetivo, 2011, p. 165.

su postura pero que sin embargo lo hace transgrediendo el principio general del derecho del tenor: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, es decir que donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir. Lo anterior resulta así puesto que la misma Corte señala que el legislador al hablar de la ineficacia de los actos solo reconoce los efectos *inter partes*, y no obstante ello, a pesar de haber desentrañado el sentido de la ley, decide hacer caso omiso de este y establecer uno nuevo, basado en doctrina, bifurcando así deliberadamente dos tipos de eficacia.

En resumen, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se adhiere a la concepción económica del derecho real, es decir, la explotación de un bien, sumada a la exclusión de dicha explotación *erga omnes*, y por ello señala que en el caso de la compraventa el comprador no puede adquirir la propiedad como derecho real porque solo adquiere la explotación del bien, pero no la oponibilidad o exclusividad *erga omnes* en tanto no inscriba su título; sin embargo no lo expresa en dichos términos, sino que señala que el derecho de propiedad transmitido por compraventa es imperfecto por adolecer de ineficacia funcional, lo cual es una solución a medias y timorata desde la perspectiva de quien suscribe, al señalar que no se quiere decir con ello que el registro sea constitutivo de derechos, ya que en otras palabras la SCJN quiere decir que la propiedad es perfecta cuando reúne los requisitos de uso, goce y disfrute, así como el de oponibilidad, resultando contradictorio que la inscripción sea potestativa.

Intentemos explicar lo anterior con el ejemplo de la compraventa de inmuebles.

En esta tesitura, ha quedado establecido que al celebrarse la compraventa se ha transmitido la propiedad del inmueble, pero como bien lo señala la Corte, no podría decirse que el comprador tiene la propiedad del bien, dado que le falta el elemento de oponibilidad *erga omnes* para ser considerado un derecho absoluto. Al respecto cabe señalar dos supuestos; en el primero de ellos consideramos que la oponibilidad *erga omnes* se traduce en la inatacabilidad de la propiedad y por ende

exclusividad de la explotación de bien; y en el segundo de ellos, dicha oponibilidad se traduce en la publicidad de dicho derecho para que pueda ser controvertido en caso de haberse tratado de una transmisión *a non domino*.

Pues bien, en el caso planteado por la Corte, al señalar que la inscripción de la escritura pública le da el carácter de oponibilidad al derecho de propiedad para que pueda ser considerado como tal, nos estaríamos decantando por el segundo de los sentidos propuestos anteriormente. Sin embargo, es en este punto donde la Corte se equivoca, ya que la propiedad como derecho real en efecto debe reunir dos requisitos que es el de la explotación y el de la exclusividad, y esta última se logra impidiendo que otros individuos limiten dicha explotación, ya sea mediante una regla de propiedad o en dado caso en una de responsabilidad. En el caso mexicano se trata de una regla de responsabilidad, puesto que no se puede limitar la propiedad si no se ha transmitido por su titular y en el caso en que esto se hiciera, se otorgan medios judiciales al titular para eliminar dicha transgresión. En este sentido entonces la inscripción potestativa y declarativa funciona más como un sistema registral con el que el Estado pretende proteger las titularidades originales, puesto que a través de este da publicidad a efecto de proteger los derechos de terceros. Lo cual no sucedería en un registro de derechos, dado que la inscripción en este sistema registral no tiene por objeto proteger la titularidad de terceros ajenos al negocio jurídico, sino más bien a dar seguridad jurídica de inatacabilidad al titular vigente y consecuentemente seguridad de tráfico al adquirente futuro, haciéndole confiar que al ser un derecho inscrito, este está libre de cualquier impugnación.

En este sentido la usucapión de buena fe es una figura redundante, puesto que se sabe que es un medio para adquirir la propiedad o derechos reales, no obstante que en el capítulo tercero se observara que en 19 legislaciones de entidades federativas diversas simplemente se define como medio de adquirir bienes, lo cual no resulta una complicación si recordamos que se considera bien inmueble cualquier derecho real sobre inmuebles, siendo por ende la propiedad un derecho real. En conclusión, la usucapión o prescripción positiva o adquisitiva de

buena fe es un modo de adquirir entre otros derechos reales, la propiedad.

Establecido esto insistimos en que es redundante usucapir de buena fe un bien inmueble sobre el que ya se es propietario por efecto de la compraventa. Lo que realmente se intenta en todos los casos con la usucapión de buena fe es garantizar la seguridad jurídica de una compraventa *a non domino* y quizá en el mayor de los casos, para dar forma al acto de compraventa.

Recapitulando, la usucapión de buena fe no puede ser un modo de adquirir la propiedad, ya que la propiedad se habrá adquirido con la compraventa, por otra parte no debería otorgar seguridad jurídica de compraventas *a non domino* dado que inicialmente se explicó que fue un efecto que Justiniano le otorgó al confundir y erradicar varias figuras jurídicas anteriores a su mandato al realizar su compilación de normas y opiniones de jurisconsultos, desnaturalizando con ello su origen, y por último no puede ser utilizada para convalidar un acto jurídico, puesto que para ello se cuenta con la obligación personal de otorgamiento y firma de escritura pública, mejor conocida como acción pro forma, sobre la cual se dice que prescribe por ser una obligación personal derivada de un contrato y que analizaremos en nuestra propuesta.

Por ello un registro de derechos como el que se deseaba implantar en el código de 1928, sería ahora un aliciente a las contradicciones teóricas que presenta nuestro sistema de transferencia, entendiéndose los motivos que llevaron en aquel momento a su rechazo. Siendo cierto que

Cuando la sociedad no es compleja no se requiere contar con mecanismos de protección de la propiedad sino través del ejercicio de hecho de uno de sus atributos (la posesión), pero con el desarrollo de la sociedad, el crecimiento de la población y la diversificación de las relaciones sociales, la posesión deviene en insuficiente como mecanismo de exteriorización o protección de la propiedad, careciendo por tanto un

tercero de medios eficaces y eficientes para lograr el conocimiento de circunstancias que afectan a una finca, en cuanto a su determinación misma como a las titularidades, encareciendo el costo de la transacción y ahuyentando la inversión y el tráfico patrimonial, que tiene incidencia directa en el desarrollo económico del país.³⁰⁷

1. *El caso de Quintana Roo*

De acuerdo al análisis hecho a los sistemas registrales de cada una de las entidades federativas por López Juárez, Quintana Roo es la única entidad federativa con un Registro de efectos constitutivos y por excepción declarativo.³⁰⁸ Estableciendo en el artículo 3159 de su respectivo código civil que: “El registro será constitutivo en lo que respecta a los convenios y contratos por los cuales se adquiere, transmite, modifica o extingue el dominio de bienes raíces o una hipoteca”.³⁰⁹ Asimismo en su artículo 3160 señala: “Los contratos a que se refiere el artículo anterior se perfeccionan y surten plenamente efectos hasta que se registren...”³¹⁰ Artículos que son congruentes con el relativo a la compraventa, del tenor:

Artículo 2549.- Tratándose de muebles, la venta se perfecciona en el momento en que las partes se ponen de acuerdo en el bien y en el precio, aunque el primero no haya sido entregado ni el segundo satisfecho, en tanto que si se trata de inmuebles, la venta se perfecciona hasta que se inscriba la operación en el Registro Público de la Propiedad.³¹¹

No obstante esta armonía, en la codificación sustantiva de esta entidad

³⁰⁷ Trebejos Peña, Froilán, *op. cit.*, p. 229.

³⁰⁸ *Cfr.*, López Juárez, Ponciano, *op. cit.*, p. 299.

³⁰⁹ *Código civil para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo*, Chetumal, 2018.

³¹⁰ *Ídem.*

³¹¹ *Ídem.*

federativa aún se mantiene la usucapión de buena fe, lo cual resulta innecesario, puesto que el primero de los requisitos para usucapir de buena fe es hacerlo en concepto de dueño, lo cual significa que debe estar fundado en justo título, que a su vez se refiere a aquel que se cree suficiente para transmitir el dominio. Quizá la iniciativa de mantener vigente esta figura se deba a que derivado de actos traslativos anteriores a la implementación de los efectos constitutivos del registro, se necesitaba una figura que no dejara en desamparo a estas personas.

Otra razón por la que se pudiera mantener esta figura, es porque si bien, no se reconoce la compraventa a través de documentos privados como válida, éstos pudieran seguirse realizando. Por ello se dice que el justo título es aquel que se cree suficiente para transmitir el dominio. En estos casos se permitiría un constante flujo en la transmisión de bienes, pero si se tratase de varias compraventas privadas, se vulnera poco a poco la seguridad de tráfico, puesto que a partir de la segunda compraventa a través de documento privado se tratará de una transmisión *a non domino*. Y sucede que de acuerdo a la legislación en análisis, la acción de nulidad por falta de forma prescribe dentro del plazo de dos años, conforme al artículo 393, por lo que en dichos casos procedería únicamente la usucapión de buena fe para adquirir el derecho de propiedad, poniendo en duda como lo hizo la Corte en su momento si procedería la acción pro forma, ya que esta dependería de que el precio se haya completado de acuerdo a la tesis jurisprudencial de rubro: ACCIÓN PRO FORMA. LA EXHIBICIÓN DEL PRECIO ADEUDADO ES UN REQUISITO DE PROCEDENCIA DE ÉSTA³¹², y además habría de considerarse que esta solo es procedente como una obligación *propter rem* cuando se tiene el derecho real, situación por la cual no procedería y no aplicaría lo dicho en el artículo 216 de la legislación en cita, es decir el pedir que se dé forma al contrato.

Sin embargo, este es el caso de la legislación de Quintana Roo que si bien

³¹² Tesis 1a./J. 14/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, noviembre de 2000, p. 11.

elimina varias contradicciones, sigue dejando el resultado de la inatacabilidad a la usucapión, ya que el registro aun siendo constitutivo no genera inatacabilidad, porque bien puede declararse la nulidad de la inscripción por ser nulo o inexistente su documento base, contrario a lo que sucede con la usucapión puesto que al derivar de una resolución judicial, esta puede alcanzar el grado de cosa juzgada, por lo que se vuelve inatacable tanto el derecho resuelto como la inscripción ordenada.

Realizado el análisis de un caso excepcional en el sistema registral, resta por ofrecer una panorámica general del resto de problemas que presenta la mayoría de legislaciones civiles que se conducen como lo hace la legislación civil federal y la del distrito federal, ambas provenientes del código de 1928.

No habrá de perder de vista que el objetivo es encontrar un sistema de transferencia óptimo bajo la idea de que “el Estado debe tener postulados claros que incentiven la transacción a un menor costo, pero sin perder la seguridad del tráfico”.³¹³ Siendo necesario a su vez asegurar la efectividad de los derechos reales, lo cual se logra en dos fases.

La primera fase consiste en la contratación ordinaria entre las partes. La segunda fase es propia de los derechos reales y tiene como objeto reunir el consentimiento de todos los titulares de derechos reales que hayan sido afectados por el primer contrato entre partes. (El hecho de que el contrato entre partes se instrumente en algunos países escritura “pública” refuerza la calidad de la prueba pero no modifica su carácter de contrato privado entre partes, al no haberse producido el consentimiento de los demás titulares de derechos reales afectados por el contrato).³¹⁴

³¹³ Trebejos Peña, Froilán, *op. cit.*, p. 234.

³¹⁴ Arruñada, Benito, *op. cit.*, p.3.

Entendido lo anterior y antes de entrar de lleno al análisis general de un sistema de transferencia eficaz, resolvamos si la usucapión de mala fe es una figura jurídica que cumpla con el óptimo de Pareto como modo de transferencia, utilizando para ello el análisis económico del Derecho.

2. El neoliberalismo y el Análisis Económico del Derecho en México

Como se analizó en el segundo capítulo de este trabajo la corriente neoliberal se introdujo a partir de la década de los 80's, y en México se presentó en forma de programas de ajuste estructural, pero se podría decir que nunca se presentó lo que señalara el Consenso de Washington en su décimo punto respecto a la protección a la propiedad privada, es decir, en México nunca hubo una reforma estructural enfocada a la protección de la propiedad privada, muestra de ello, es la conservación casi centenaria de muchos preceptos legales que regulan nuestro sistema de transferencia.

No se descarta las reformas en materia registral y mucho menos la reforma agraria que impulsara el gobierno a partir de la década de los 80's para permitir la venta privada de las parcelas ejidales. Sin embargo, como se ha tratado de demostrar a lo largo de las páginas de esta investigación, el sistema de transferencia en México genera demasiada incertidumbre tanto en la seguridad jurídica como en la seguridad de tráfico. Refuerza lo anterior, el hecho de que incluso el gobierno anterior dentro de su paquete de reformas estructurales no incluyera una que diera más protección a la propiedad privada.³¹⁵

Y no obstante que el neoliberalismo tras más de 30 años de implementado solo haya concentrado sus "beneficios en los grupos sociales propietarios del

³¹⁵ *Apud*, "Estudios económicos de la OCDE. México. Enero 2017", *Comité de Análisis Económico y del Desarrollo de la OCDE*, México, 2017, www.oecd.org/eco/surveys/economic-survey-mexico.htm

capital, quienes exigen más reformas estructurales”,³¹⁶ y esto haya hecho que la política del Estado Benefactor regrese, consideramos que la protección de la propiedad privada sigue siendo un punto fundamental aún estando en contra de la política neoliberal, porque “The ‘absoluteness’ of private property derives its justice from other, independent goals – the social, collective good justifies and grounds the private right, not vice versa”.³¹⁷ (El “carácter absoluto” de la propiedad privada deriva su justicia de otros objetivos independientes: el bien social, el bien común justifica y fundamenta el derecho privado, no viceversa), por ello basados en el análisis económico del Derecho del que pudiera basarse el neoliberalismo a pesar de las contradicciones teórico económicas que se puedan argumentar, es que deseamos analizar la función económica de la usucapión de mala fe.

3. La confrontación de la función social y función económica de la propiedad en la usucapión de mala fe

En esta tesitura encontramos que la usucapión, prescripción positiva o prescripción adquisitiva es de mala fe cuando se conoce de antemano los vicios del título a través del cual posee o el que posee sin título alguno.

De acuerdo con Alessio Robles, este tipo de usucapión es el único modo que debería prevalecer, y además solo cuando la posesión se hace sin título, dado que cuando se conocen los vicios del acto jurídico, las acciones para declarar la nulidad de este, habrán prescrito negativamente.³¹⁸

A pesar de lo anterior cabe señalar que la prescripción adquisitiva de mala fe

³¹⁶ Vázquez Sánchez, Jorge, *op. cit.*, p. 72.

³¹⁷ Mccaffery, Edward J., “Must we have the right to waste?”, en Munzer, Stephen R., *New essays in the legal and political theory of property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 91.

³¹⁸ *Cfr.*, Alessio Robles, Miguel, *op. cit.*, p.100.

no puede tener como naturaleza jurídica simplemente el hecho de una supuesta renuncia por abandono y de aprovechamiento por el nuevo poseedor, como lo señalara la hoy vicepresidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina, Elena I. Highton, al principio de este capítulo, ya que esto representaría una ineficacia económica desde el Óptimo de Pareto, al otorgar la propiedad a un tercero sin haberse pagado precio alguno por el aprovechamiento del bien.

No pasa desapercibido para el que suscribe que la función social de la propiedad en este caso castiga la inmovilización del flujo de la riqueza al mantener los bienes sin uso, justificando con esto a la usucapión, incluso se dice que el desaparecer esta figura es una solución anti económica. En otras palabras:

la atribución de la riqueza solo se justifica si se la utiliza y disfruta para el logro del bienestar colectivo. De nada sirve conceder titularidades con nulo contenido económico y que más bien representan una carga para la sociedad. La usucapión constituye un mecanismo que en forma indirecta obliga a que los bienes sean puestos en movimiento, produzcan y circulen para beneficio general.³¹⁹

Además los defensores de esta figura jurídica, sostienen que se utiliza la posesión como requisito, precisamente porque en esta se basa la propiedad, donde un documento o título solo es el medio para alcanzar el fin de explotación de los bienes, el cual se logra fehacientemente con la posesión.³²⁰Al respecto debemos disentir respecto a que el aprovechamiento y disfrute máximo de los bienes signifique poseerlos, es cierto que mediante un poder de hecho se pueda aprovechar un bien, pero no lo es exclusivamente, ya que se puede aprovechar sin

³¹⁹ Gonzáles Barrón, Gunther Hernán, "La usucapión siempre vence al tercero de la fe pública registral. El inexistente problema de la usucapión contra tabulas", *Derecho y cambio social*, Lima, año IX, núm. 29, julio de 2012, p. 4.

³²⁰ *Cfr.*, *Íbidem*, p. 8

un poder de hecho, tal y como se desprende la de tesis de jurisprudencia de rubro: POSESION DE INMUEBLES. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO NO ES IDONEO PARA ACREDITARLA.³²¹ Este criterio permite colegir que un poder de hecho es igual a un poder material, pero no entraremos en las complicaciones que pudiera tener o no esta aseveración.

La conclusión que desea que se entienda a la posesión por encima de la propiedad en la usucapión de mala fe sugiere que la función social de la propiedad, en este caso entendida como riqueza, significa que debe explotarse para generar más riqueza en beneficio general, y si esto no se hace por el propietario, pero existe un poseedor ajeno, entonces se beneficiará a este último.³²²

Lo que no se nota en esta conclusión es que se castiga al propietario por su inactividad lo que en la sociedad angloamericana se conoce como “waste” o *ius abutendi* que se conceptualiza como “*the liberty to consume, waste or destroy the whole of part of it*”³²³ (la facultad de consumir, derrochar o destruir la totalidad [de la cosa] o parte de ella).

El “waste” puede tener tres acepciones, la primera de ellas lo entiende como derroche o destrucción, la segunda de ellas lo entiende como como consumo excesivo o no urgente, es decir, decisiones negligentes en como explotar su tiempo o valor. Finalmente la tercer concepción y la que nos concierne señala que el “waste” engloba su inactividad, sin embargo, se refiere que “*the nonuse of a material resource is constrained inmuch the same way as dissipatory waste is*”³²⁴ (el no uso de un recurso material está restringido, de la misma manera que el desperdicio

³²¹ Tesis I. 5o. C. J/2, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. III, Segunda Parte-2, enero-junio de 1989, p.933.

³²² *Cfr.*, González Barrón, Gunther Hernán, *op. cit*, p. 8.

³²³ Mccaffery, Edward J., *op. cit.*, p. 80.

³²⁴ *Íbidem*, p. 88.

disipatorio lo está), en otras palabras, la inactividad es igual al derroche o desperdicio de valor de una cosa.

No obstante debe señalarse que la idea de inactividad o “waste” se desarrolla bajo el contexto de una economía agraria, aunque posteriormente también se conceptualizaría a este como el uso negligente de recursos escasos como tiempo o dinero. Y dado que en la actualidad la tierra ha perdido su lugar como principal generador de valor social, siendo remplazado por el capital fungible³²⁵, el estudio y regulación de la segunda concepción de inactividad o “waste” resulta más adecuada para garantizar el bienestar colectivo.³²⁶

Independientemente de lo anterior, se pierde de vista que se despoja a un propietario de su patrimonio al permitir la usucapión de mala fe, sin compensación alguna, violando así la regla de propiedad que tiene el propietario para defender su derecho, y sin existir una compensación como sucedería con una regla de responsabilidad. Situación que se analizara en el capítulo tercero de esta investigación en el caso *J.A. Pye (Oxford) Ltd v United Kingdom*. Por ello se establecía en votos disidentes que se necesitaba de modelos nuevos para justificar la extinción de dominio o en su caso existir una justa compensación al ser una norma desproporcionada.

Por ello es importante recalcar lo que señala Mccaffery, en la siguiente forma:

A revised conception of ownership would hold that those fortunate few who can produce more than they can prudently use on their own need have an obligation to save for others – either directly, on their own, or in the form of paying a toll to society for the greater, and less urgent, private expenditures. That toll is the price for

³²⁵ Cfr., *Íbidem*, p. 89.

³²⁶ Cfr., *Íbidem*, p. 77.

*waste or non urgent consumption. It shall be collected by the tax system.*³²⁷ (Una concepción revisada de la propiedad sostendría que los pocos afortunados que pueden producir más de lo que pueden usar con prudencia por sí mismos, tienen la obligación de ahorrar para los demás, ya sea en forma directa o pagando un impuesto a la sociedad por sus gastos privados más grandes y menos urgentes. Ese impuesto es el precio por desperdiciar o consumir imprudentemente. El cual debería ser recaudado por el sistema tributario.)

Si bien esta propuesta se estima sobre la riqueza fungible, específicamente dinero, para evitar el waste por consumo excesivo o no urgente, bien puede adecuarse para el waste por inactividad o waste por derroche sobre la tierra, tal y como se señalara igualmente en uno de los votos disidentes a la resolución del caso *J.A. Pye (Oxford) Ltd v United Kingdom*. Puesto que establecía que la pérdida del dominio sobre el inmueble era una medida drástica como castigo por la inactividad en la explotación del mismo, y que en su caso el Estado debería optar por medidas menos severas incentivando al propietario a la explotación de sus tierras a través de impuestos o incentivos. Sin embargo, analizaremos esta y otras posibles soluciones que den como resultado la eliminación de la usucapión.

Existiendo una compensación por la usucapión de mala fe se estaría dotando de eficiencia económica a esta forma traslativa de dominio dado que se estaría cumpliendo el objetivo principal del sistema de transferencia, de acuerdo a Bullard González, cuando refiere que “ese es el objetivo principal de un sistema de transferencia de propiedad: antes que decidir a quién se le da originalmente la propiedad, determinar como ésta se reasigna a sus usos más valiosos”.³²⁸ Y por otra parte se estaría protegiendo la titularidad del antiguo propietario mediante una

³²⁷ *Íbidem*, p. 95.

³²⁸ Bullard González, Alfredo, "La propiedad Inconclusa", *Fuero Registral: Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral*, Lima, año X, núm. 8, noviembre de 2011, p. 77.

regla de responsabilidad, sin descartar por supuesto que “las reglas de responsabilidad conduce, por sí misma, fácilmente a promover objetivos distributivos, esto no significa que los objetivos distributivos resulten siempre cumplidos de este modo”.³²⁹

En este supuesto anterior, la usucapión de mala fe podría funcionar, pero la propuesta de quien suscribe es la erradicación de la figura, dotando de nuevos atributos a figuras ya existentes, para evitar contradicciones teóricas y además para promover la función social y económica de la propiedad. Dicha tarea la intentaremos analizar a continuación a manera de análisis final y propuesta. Analizando los aspectos más generales de esta figura en la mayoría de legislaciones locales.

Para hacer este análisis, nos centraremos en el acto traslativo por antonomasia, es decir, la compraventa de inmuebles, ya que los demás tipos derivativos de adquisición de la propiedad presentan ciertas características que habría que explicar por separado, siendo que al final terminarían siguiendo la misma lógica; sin embargo, para no hacer un estudio de casi todo uno de los Libros de cualquier código civil mexicano, nos concentraremos en este supuesto.

En primera instancia para determinar la eficacia de nuestro sistema de transferencia con la compraventa y la usucapión, comencemos por retomar que los citados textos de nuestro Código Civil nos permiten apreciar que nuestro ordenamiento jurídico adopta un sistema basado en el consentimiento para la transferencia de la propiedad inmueble, ya que deja en la discrecionalidad de las partes la decisión de inscribir o no la transferencia del dominio. En otras palabras, el propietario de un inmueble tiene la facultad de inscribir o no su derecho de propiedad, pero si el propietario desea tener la seguridad de poder excluir a cualquier tercero de los derechos inherentes al bien, deberá inscribir su titularidad en el registro público correspondiente, pues de esa manera se asegurará que el

³²⁹ Calabresi, Guido y Melamed, Douglas, *op. cit.*, p.76

sistema jurídico protegerá su titularidad.³³⁰

En esta tesitura, recordemos que el objeto directo de la compraventa es la traslación de la propiedad, en este sentido, teóricamente un comprador se convierte en propietario del inmueble cuando la compraventa se perfecciona. Y esto último sucede por lo general cuando se está de acuerdo en la cosa y el precio, a pesar de no haberse entregado la primera ni pagado el segundo.

En este orden de ideas no hay que olvidar que tratándose de ciertos inmuebles (de aquellos que rebasen cierto valor), se requiere que su forma sea la de escritura pública. Y en caso de que en este tipo de inmuebles no se realice a través de escritura pública sino de forma verbal o en documento privado, se dice que la compraventa adolece de invalidez. Sin embargo, como la mayoría de las nulidades, estas pueden producir efectos, los cuales se podrán retrotraer por decisión judicial que declare la nulidad por invalidez.

Cabe también tener presente el caso de la venta con reserva de dominio, en la que el comprador no será propietario sino hasta que completa el precio pactado.

Hasta este momento observamos que la seguridad de tráfico es evidente, dado que los costos de transacción son mínimos para que el comprador sea considerado propietario del inmueble, y se permita su fácil alienabilidad, salvo en el caso de la reserva de dominio, en donde el comprador teóricamente no estaría legitimado para defender el inmueble en el supuesto de que terceros ejerzan poder de hecho sobre el bien.

Independientemente de este último caso, la ley señala como propietarios a aquellos que hayan celebrado una compraventa, a pesar de que esta no reúna la forma requerida; sin embargo, “las personas se sienten propietarios no cuando el

³³⁰ Pérez Velasco, David Velasco, *op. cit.*, p. 7.

Código lo dice, sino cuando sienten que su propiedad es segura”.³³¹ En otras palabras, la seguridad jurídica es aquello que les genera certeza de ser propietario.

No debemos olvidar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su criterio desarrollado en la contradicción de tesis 236/2009, nos recuerda que la propiedad no puede considerarse completamente eficaz si no hasta que se garantice la exclusividad de la misma y no solamente justifique su explotación. En otras palabras, cuando se celebra una compraventa, esta solo permite al comprador tener una causa justificable de su explotación exclusiva, pero no la garantiza en un contexto de incertidumbre. Puesto que de acuerdo con la Corte no es sino hasta que se inscribe la escritura pública, cuando se generan efectos contra terceros. Sin embargo, esto significaría que los compradores registran sus escrituras públicas no para su beneficio, sino para prevenir a los probables verdaderos dueños de presuntas privaciones en su propiedad. Y por ello insistimos en que la forma en que nuestro sistema de transferencia funciona es ineficaz económicamente.

Es decir, el Estado recurre al Registro de documentos o títulos, en el entendido de que esto otorgará a los compradores, la certeza de que la persona que se encuentra como titular registral es el verdadero y legítimo dueño del inmueble, pero en realidad esto solo genera seguridad de tráfico, porque reduce los costos de transacción del comprador de tener que investigar los títulos hasta sus orígenes para asegurarse del correcto, legal y legítimo tracto sucesivo de las traslaciones anteriores y con ello tener la tranquilidad de que su futura titularidad será inimpugnable. En este sentido el comprador debe tener fe en la información que se encuentra en dicho registro, puesto que este tipo de registro no genera inatacabilidad. Y por ello también resultaría falsa su creencia de que al registrarse a sí mismo como titular actual, estará exento de cualquier legal reclamo por ser adquirente de buena fe. En otras palabras carece de seguridad jurídica y por ello reafirmamos que la seguridad jurídica únicamente se consigue con la inatacabilidad,

³³¹ Bullard González , Alfredo, *op. cit.*, p. 76.

en este caso, de la propiedad adquirida.

En esta línea de pensamiento, se entiende que el comprador es quien tiene que enfrentar los costos de registrar su título, o en su caso el vendedor si así se encuentra pactado, y esto no le garantizará la inatacabilidad de su derecho, pero si permitirá, si es el caso, al verdadero dueño observar en manos de quien se encuentra el inmueble que le pertenece, y a eso es realmente lo que se refiere el hecho de generar efectos contra terceros y no el de excluir a todos de la explotación del bien. Reafirmamos nuestra postura, exponiendo que si el generar efectos contra terceros, en este caso, no significara otorgar un medio a través del cual los verdaderos propietarios puedan enterarse de presuntas privaciones, entonces debería obligarse el registro de todos los bienes, ya que en el caso de compraventa de muebles, estos no adolecen de ineficacia por falta de registro, ya que generan efectos contra terceros por el mero hecho de la compraventa, es decir, que en este caso teóricamente la compra venta, justifica y garantiza la explotación exclusiva del bien.

Tal vez se podrá decir que en la mayoría de legislaciones civiles de México, el registro de títulos protege al tercer adquirente de buena fe en su derecho, a pesar de ser impugnado el derecho, escritura e inscripción de su transmisor; sin embargo, esto es falso, porque cualquier transmisión subsecuente a partir de una transmisión *a non domino* o mediante mandato falso es contra el orden público por configurarse a través de un delito, ya sea de fraude o de despojo, de acuerdo con la ley penal sustantiva vigente, y si bien los terceros adquirentes de buena fe no estarían cometiendo el delito, como señala Lobo Saénz, la "buena fe debe ceder ante el interés público que exige evitar que los delitos se agoten hasta sus últimas consecuencias, como sucedería si se permitiese convalidar la venta en las circunstancias apuntadas, por el solo efecto de la inscripción en el registro".³³²Esto

³³² Lobo Saénz, María Teresa, "La nulidad del título de propiedad y sus consecuencias con respecto a la prescripción adquisitiva", *Revista de derecho*

último nos demuestra nuevamente que en el sistema de transferencia mexicano consensual de registro de títulos no se obtiene seguridad jurídica, casi en ninguno de los casos.

Lo que se intenta colegir de todo esto es que la inatacabilidad es la única forma de garantizar que el derecho de propiedad sea eficaz económicamente hablando, dado que de esta forma se garantiza la exclusividad del derecho real frente a todos, convirtiéndolo por ende en un derecho absoluto no solo en la teoría sino en la práctica. Asimismo, no soslayamos el hecho de que el sistema actual si funcionaría, pero solo si todas las transmisiones fueran *a domino*, lo cual no se puede garantizar, a menos que desde su origen, el registro hubiese sido constitutivo y no hubiera lugar a dudas.

Ahora bien, demostrado nuestro punto, pasemos a analizar a la usucapión. Es cierto que en páginas anteriores se dijo que un sistema de transferencia eficaz combinaría el principio causalista con un modo de adquisición *a non domino*, y en el caso mexicano, se logra tal supuesto con el consensualismo y la usucapión; no obstante esto, cabe preguntarse, ¿Por qué las personas invertirían en costos de transacción respecto a la escritura pública y su consecuente inscripción en el Registro, si esta no garantiza la inatacabilidad del derecho?

Esta interrogante nos lleva a plantearnos lo siguiente, es cierto que se demostró que la inscripción no hace infalible el derecho real que ampara el título inscrito, pero no pasa desapercibido que protege en caso de doble venta, ya que de acuerdo a las disposiciones legales vigentes, en caso de doble venta persistirá aquella cuya inscripción sea más antigua, o simplemente aquella que se encuentre inscrita frente a la que no lo está. Claramente el sujeto desfavorecido con esta

privado, México, cuarta época, año I, núm. 2, julio-diciembre de 2012, p. 580, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/viewFile/9000/11050>

disposición tendrá a su favor una o varias acciones en diferentes vías contra su vendedor, pero esto únicamente le otorgará una seguridad económica de ver reintegrado el precio que haya pagado, o los daños y/o perjuicios originados. Asimismo en su momento se habló de la contradicción que este tipo de disposición genera, puesto que convierte al registro en constitutivo de derechos aunque sea únicamente frente a determinadas personas, a pesar de ser negada por los tribunales y algunos tratadistas dicha aseveración.

Habiendo establecido que la inscripción solo protege a los compradores en caso de doble o múltiples ventas, debe decirse que la usucapión presuntamente ofrece la inatacabilidad del derecho adquirido y ahí el motivo de sus defensores,³³³ pero esto lleva a cuestionarse que si cualquier transmisión derivativa como la compraventa puede ser impugnada, ¿por qué alguien invertiría en la escrituración e inscripción de documentos, cuando se puede obtener inatacabilidad mediante la usucapión con el simple documento privado? En todo caso un estudio comparativo de costos entre escrituración e inscripción frente a costos de un juicio de usucapión, permitiría ver más claramente la diferencia o similitud entre ellos en cuestión de precios, pero claramente siempre será mejor un modo de adquisición originario, frente a uno derivativo, ya que el primero garantiza la inatacabilidad. En todo caso el comprador aun adquiriendo del titular registral, siempre presentara el dilema de escoger entre inscribir una escritura pública para prevenir ser privado de su propiedad a corto plazo por un caso de doble o múltiples ventas, o de mantener un documento o escritura pública sin inscribir para poder accionar la usucapión y tener un derecho inatacable. Pero nunca podrá realizar ambos simultáneamente de acuerdo al criterio de la Suprema Corte de Justicia en su contradicción de tesis 236/2009. Y en todo caso optará siempre por no escritura e inscribir y esperar a usucapir, lo que saturaría a los tribunales de justicia, como creemos que ya lo ha hecho; muestra de ello fue la creación del juicio sumario de usucapión y de los Juzgados especializados en materia de usucapión en el Estado de México, por

³³³ *Apud*, Gonzáles Barrón, Gunther Hernán, *op. cit.*, pp. 1-44.

decreto número 90 de 31 de mayo de 2016 y circular 50/2016 de 19 de septiembre de 2016 emitida por el Pleno del Consejo de la Judicatura del Estado de México.³³⁴

Además, si bien el derecho mexicano vigente lo considera un modo originario, lo cierto es que ya se demostró a lo largo del capítulo I y IV, tanto que este modo de adquisición fue sustituido por la *emptio dominium transfertur*, como que en todo caso no se observa que la ley sugiera que la usucapión genera la inatacabilidad del derecho, salvo en la teoría, a pesar de que históricamente se exhibió que la usucapión no debía dar inatacabilidad en ventas *a non domino*, como si lo hace hoy en día, por estas razones es que la postura del presente trabajo, más allá de presentar la ineficacia del sistema de transferencia, sugiere la erradicación de la usucapión por sus inconsistencias teóricas y anacronismo.

Esto es así ya que claramente se observa que el legislador comparó la *mancipatio* con la forma y en este caso lo equiparó a la escritura pública, hablando de ciertos inmuebles, cuando la regla que señalaba Gayo de que la usucapión procedía cuando una *res Mancipi* se transmitía sin *mancipatio* se refería al tiempo en que se comenzó a utilizar la *emptio venditio*, puesto que aún con *mancipatio* se utilizaba la *usucapio* como ficción procesal probatoria, porque la *usucapio* como se demostró nunca nació como un modo de adquisición *a non domino* sino que las malinterpretaciones de Justiniano originaron dicha cualidad al fusionarla con la *praescriptio longis temporis*; que no daba la propiedad sino evitaba únicamente la desposesión, porque como se explicó, esta figura inicialmente únicamente servía para predios provinciales, de los cuales la propiedad era del Estado. Y que además se observa que Justiniano conservó la *usucapio* a pesar de haber instaurado la *ius confidenciorum actorum*, que debió haber funcionado como las declaraciones vecinales de Constantino o la *firmitas contractus* de Teodosio II, dando

³³⁴ *Apud*, Arriega Escobedo, Héctor Raúl y Arriaga Escobedo, Raúl Miguel, Usucapión y jurisprudencia. Su aplicación en el juicio ordinario civil, 5a. ed., Ciudad de México, Porrúa, 2018, pp. 153-169.

inatacabilidad a los derechos declarados en los contratos y equiparándose al registro de derechos.

Con todas estas consideraciones lo correcto sería proponer un sistema de transferencia que permita una eficacia económica, como en nuestro particular punto de vista también lo espera la función social de la propiedad, y que no contenga inconsistencias teóricas o históricas y un buen adelanto lo hace la legislación analizada de Quintana Roo. Y aunque bien consideramos que esto debería ser parte de un trabajo independiente, analicemos las bases de dicha propuesta perfectible.

Comencemos por establecer que el primer objetivo a lograr sería la fácil alienabilidad de los bienes inmuebles, en otras palabras permitir seguridad de tráfico a través de costos de transacción bajos. Para lograr este cometido necesitamos de información fiable para que el comprador tenga certeza de adquirir de un dueño inimpugnable, y esto se logrará a través del registro de derechos. Recordemos que desde el proyecto de código civil de 1928 la intención fue un registro público de efectos constitutivos.

La desventaja de implementar en este momento un registro de derechos sería el de necesitar de una alta profesionalización para evitar daños irreparables; sin embargo, estos podrán evitarse en gran medida como el sistema español, donde dichos errores conllevarían a que los registradores respondieran con su propio patrimonio,³³⁵ es decir los llevaría a responder por responsabilidad civil, o en su caso, como en el sistema alemán atender al principio de abstracción, separando las obligaciones reales de las personales.

Desde nuestra perspectiva, se opta por la profesionalización del sistema registral sin hacerlo dependiente del sistema judicial como en el primigenio sistema alemán, pues esta profesionalización puede ser igual que la que debe tener el

³³⁵ *Cfr.* Arruñada, Benito, *op. cit.* p. 58.

notario, por ello se podría analizar la posibilidad de transferir las facultades inherentes a la escrituración del notario al registrador, puesto que el notario cuenta con responsabilidad en caso de error como se aprecia por ejemplo, en la fracción I del artículo 67 y el artículo 68 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, lo cual permite amparar su responsabilidad.

Esto necesitaría de un procedimiento similar al del sistema registral australiano, es decir integral, guiado en coordinación con la dependencia catastral y por juristas expertos,³³⁶ del cual no es objetivo de este trabajo hacer un análisis extensivo, sino solo propositivo para su investigación en futuros trabajos.

Ahora bien, teniendo esta información fiable, a la vez se otorga seguridad jurídica al titular vigente y seguridad de tráfico, reduciendo la incertidumbre y por ende los costos de transacción, recordando que en caso de error de los registradores, estos responderán por su correspondiente responsabilidad, otorgando con ellos seguridad económica, pero no se podrán impugnar los derechos otorgados, lo que sucede de igual manera con el principio de abstracción, solo que en el sistema australiano se permite una garantía de audiencia a cualquier interesado, al poder presentar sus impugnaciones dentro de un plazo estipulado otorgado después de hacer sendas publicaciones y notificaciones a los colindantes, como suceden en el procedimiento de usucapión y de inmatriculación. En otras palabras, la propuesta a desarrollar en futuros trabajos es la de ofrecer un Registro profesionalizado con las facultades de escrituración del notario y a su vez con un procedimiento similar al judicial que permita la garantía de audiencia.

Sin embargo, esta propuesta de sistema de transferencia debe permitir la facilidad para enajenar los inmuebles, y con ello permitir el mayor número de transferencias posibles, de tal forma que los bienes siempre encuentren su mejor uso. Este punto necesita de un análisis de campo a fondo, respecto a los costos

³³⁶ *Vid.*, López Juárez, Ponciano, *op. cit.*, p. 295.

que implica crear y mantener un sistema de registro de derechos como el propuesto anteriormente, ya que si dicha propuesta de registro fuera gratuito, como la función judicial, significaría que los costos de transacción son nulos y únicamente habría que llevar a cabo el procedimiento registral, esto otorgaría seguridad dinámica y estática en su máxima expresión.

Pero en el supuesto de que no pudiera garantizarse dicha gratuidad, la opción más viable sería señalar que la propiedad no se obtiene sino hasta que haya quedado inscrito tal derecho en el Registro, como en el caso de Quintana Roo o que la propiedad no se obtiene sino hasta que se realiza la tradición del inmueble como sucede en el sistema español y argentino por citar algunos ejemplos. Siendo que en este último supuesto la tradición de la cosa no se efectuaría sino hasta que el precio estuviera completamente liquidado.

Pero ¿qué sucedería con aquellas personas que no pudieran inmediatamente costear dicha inscripción? Al respecto resulta claro que al otorgar efectos constitutivos al registro público estaríamos otorgando a la forma el carácter de elemento de existencia, y a su vez se criticaría el hecho de que se estaría reduciendo el principio de autonomía de la voluntad; sin embargo, pensemos que lo único que sucede es que la propiedad se protege con una regla de responsabilidad y no con una regla de propiedad, puesto que las limitaciones que el Estado hace a la autonomía de la voluntad deben ser en beneficio de las partes y de la colectividad, por ello, si bien no se observa una regla de inalienabilidad como en el caso de los alimentos, si se estaría cambiando a una limitación por regla de responsabilidad, por ello

Esto último no es una limitante directa ya que debe tenerse en cuenta que cualquier tipo de formalismo o solemnidad es algo adicional al libre acuerdo de voluntades, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de compraventa de bien inmueble, que es elevado a escritura pública; aquí la solemnidad posterior de la escritura pública para el contrato en

mención no se puede considerar como una intervención del legislador que limite la voluntad, ya que es algo exógeno al acuerdo de voluntades que está encaminado más a términos de seguridad jurídica y publicidad.³³⁷

En otras palabras el legislador no limita la autonomía de la voluntad, pues esta sigue teniendo el alcance que las partes le otorgan siempre que no afecte el orden público o leyes prohibitivas, lo que trata de evitarse es que el simple consentimiento baste para perfeccionar actos jurídicos y en su lugar separar el título del modo, es decir el contrato de compraventa será el título o causa; sin embargo, el modo de adquisición será la inscripción.

IV. PROPUESTA

Debemos reconocer que con todo lo expuesto en el presente trabajo, no existe una propuesta única, sino que depende en parte del objetivo que se intente perseguir, o de los intereses y principios que se quieran defender, así como de la postura política y económica que se decida establecer, puesto que como bien lo refería ya Kelsen:

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particularizada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia sino probablemente

³³⁷ Donaires Sánchez, Pedro, "El principio del consensualismo en el derecho de los contratos", *Derecho y cambio social*, Lima, año IX, núm. 30, octubre de 2012, p. 18, http://www.derechoycambiosocial.com/revista030/principio_del_consensualismo.pdf

sobre los de heteronomía y autocracia.³³⁸

Atendiendo a lo anterior deseamos exponer la siguiente breve propuesta para ser desarrollada de forma concienzuda en futuros trabajos.

En primer lugar serviría en gran medida el implementar la interesante clasificación de bienes que hace y propone Avendaño Valdéz, respecto a distinguir entre bienes registrables y no registrables como división principal³³⁹, que sustituiría pero no eliminaría a la de bienes inmuebles y muebles, ya que recordemos que esta última división se hizo para aumentar la cantidad de bienes que devinieron importantes en la sociedad romana sustituyendo a la de *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, por eso esta propuesta del citado autor, tendría el mismo propósito como el que tuvo aquella clasificación antigua que distinguía entre las cosas importantes para ellos de carácter agrícola y de pastoreo en la economía romana; sin embargo, se encontraría mejorada, porque no se trata simplemente de regresar a una división que enlistaría las cosas que son importantes para el funcionamiento de la economía moderna, sino que además les otorgaría la seguridad jurídica que la *mancipatio* no lograba eficazmente.

En este orden de ideas, se propone que la compraventa de bienes registrables sea formalista y la de bienes no registrables sea consensualista, de esta manera la compraventa de bienes registrables, en donde se incluirían los inmuebles que rebasen cierto valor, se regularía de la siguiente forma.

La compraventa de bienes registrables sería el contrato a través del cual el o

³³⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 144-145.

³³⁹ *Vid.*, Bullard González, Alfredo, "La propiedad Inconclusa", *Fuero Registral: Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral*, Lima, año X, núm. 8, noviembre de 2011, pp. 73-75.

los vendedores se comprometen a transmitir la propiedad de dichos bienes, a él o los compradores, mediante inscripción en el registro público, a cambio de un precio.

La inscripción no sería realizada hasta en tanto el precio no se encuentre liquidado (en este supuesto, al igual que la acción proforma no procede cuando no se encuentra el precio liquidado) y en tanto se liquida el comprador gozará del bien en calidad de usufructuario hasta el momento en que se convierta en propietario por inscripción.

Si las partes deciden rescindir el contrato, el comprador habrá perdido los abonos realizados al precio de venta, siendo considerados pagos por el usufructo realizado. De esta manera, el inmueble habrá estado económicamente activo y habrá generado beneficios para ambas partes.

Todas las modificaciones y/o construcciones realizadas por el comprador estarán a lo dispuesto en el capítulo de accesión, salvo pacto en contrario.

El comprador puede enajenar arrendar o gravar su derecho temporal de usufructo y estos contratos terminarán cuando el comprador adquiera la propiedad por inscripción. De esta forma, en el supuesto de un predio sin construcción alguna, o cualquier otro supuesto donde el comprador no tenga los recursos para explotar dicho bien, concentrándose únicamente en su pago para adquirir la propiedad, este podrá activar económicamente el terreno recibiendo los frutos civiles o industriales generados.

Si el vendedor muere, el comprador deberá seguir liquidando a favor de la sucesión testamentaria, procedimiento en el que se dará aviso a los familiares para dar a conocer la existencia de dicho activo, para que en cuanto se termine de liquidar, ya sea el albacea o el juez firmen a nombre del finado.

Si liquidado el precio, el vendedor se niega a participar en el procedimiento

de inscripción, se realizará la misma en rebeldía.

Para evitar dobles ventas se estará al contrato más antiguo. En este punto podría implementarse la inscripción potestativa de una anotación con un costo muy bajo que tendría que ratificar el vendedor, para señalarse que el bien está en proceso de compraventa y esto se equipararía al principio de prelación o prioridad del sistema vigente.

Finalmente para aquellos bienes vacantes y/o faltos de titular registral, no se hace indispensable la figura de la usucapión, puesto que la propiedad de estos bienes podría adquirirse mediante inmatriculación administrativa que funcionará como título para ser inscrito sin necesidad de operar además el tiempo de usucapión. Ahora bien, en caso de que después de inscrito el derecho de propiedad, se presente el titular original, este podrá pedir una compensación por el derecho del que fue desprovisto. Con esto se evitará que pudiendo mejorarse a un individuo se perjudique a otro. Dicha compensación será por el valor catastral en el momento en que se inició la posesión necesaria para la inmatriculación, de cualquier forma en caso de no pagar dicha compensación, se podrá embargar el inmueble y en caso de venta del mismo, ambas partes habrán obtenido un beneficio. Ya que de no hacer esto se incentiva a los individuos a la ocupación ilegal, bajo la idea de que se trata de una apuesta de invertir sobre un bien del cual podrían ser desalojados o del cual podrían ganar mucho más de lo invertido.

En todo caso es mejor que el ocupante de bienes vacantes lo haga con el conocimiento de que tendrá que pagar por dicho bien tarde o temprano puesto que en todo caso se estará configurando el enriquecimiento ilegítimo, de esta manera quizá la inmatriculación se realice por el periodo de 5 años de posesión, durante el cual podrá interponer acción reivindicatoria el repentino titular, y una vez inscrito el nuevo derecho de propiedad, el antiguo dueño tendrá a su favor un obligación de pago por enriquecimiento ilegítimo de parte de quien inmatriculara el inmueble, que podrá ser quizá por otros 5 años antes de prescribir negativamente. Pudiendo

claramente ser diferentes los plazos, con base en consideraciones bien fundamentadas.

Reiteramos el aspecto de compensación puesto que no debe prosperar la draconiana justificación de que el titular pierda su propiedad, por no hacer uso de ella, so pretexto de la función social de la propiedad, existiendo otras posibles soluciones como las señaladas en el capítulo 3, referidas a incentivos o impuestos por inactividad, de lo cual habría que desarrollar ampliamente su estructuración en trabajos futuros. Pues resulta en ocasiones injusto privar al propietario que ahorra sus bienes inmuebles con la idea de legarlos o esperar un valor más alto en el mercado para adquirir mayores beneficios, solo por no construir o hacer uso de él en ciertos plazos.

Aunque si bien el hecho de pagar impuestos o dar incentivos para evitar la inactividad de los recursos, puede catalogarse como una medida pigouviana, que sería teóricamente contradictoria con los postulados de Coase, nosotros no lo consideramos del todo cierto, ya que si bien pudiera equipararse con el ejemplo del semáforo y los accidentes automovilísticos,³⁴⁰ lo cierto es que el impuesto que se cobre por inactividad en la explotación del bien tendrá el mismo destinatario que aquel que sufriría el daño con la inactividad, es decir, la sociedad, ya que en el ejemplo del semáforo si bien no se puede pactar con el futuro afectado o afectados, lo cierto es que pagar una multa por pasar el semáforo no le asegurará un beneficio a esa misma persona.

En otras palabras, la justificación de tolerar la ocupación ilegal es una forma cínica del Estado de evadir su responsabilidad por no evitar los efectos de la gentrificación. Reforzaremos este último argumento utilizando para ello, incluso en su contra, el propio argumento que utiliza el Doctor Gonzales Barrón cuando refiere que es precisamente esto la justificación de la defensa de la usucapión por

³⁴⁰ Puede consultarse *in extenso* esta parte *supra*, p. 95.

promover el bien común.³⁴¹

Además, Mayora Alvarado, advierte indirectamente la ineficacia económica que provoca la existencia de la usucapión cuando refiere: “Evidentemente es mejor correr el riesgo de una invasión ilegal, que correr el riesgo de una invasión que, en determinadas circunstancias, podría convertirse en fuente de derechos para los invasores”.³⁴²

Decimos que dicho autor hace la referencia indirecta, puesto que en realidad lo hace al comparar el sistema guatemalteco con el español, siendo que en el primer sistema legal, no se permite la usucapión contra tabulas, a diferencia del caso español, en el que si bien no se permite la usucapión sobre bienes inscritos (prescripción ordinaria) aun con justo título, si se permite la usucapión si dicho justo título se encuentra inscrito también. Por lo que el autor refiere que el invertir en un inmueble en el sistema guatemalteco no conlleva a verse obligado a tener una posesión efectiva en el inmueble para evitar la pérdida del derecho real, como si lo amerita en el sistema español.³⁴³

Por ello resulta interesante señalar que la usucapión no cumple con los postulados del Teorema de Coase, lo cual señala el autor en cita al referir:

Si bien es cierto que los elementos fundamentales de cada sistema, el español y el guatemalteco, cumplen con las condiciones de la primera proposición del Teorema de Coase (especificidad de las reglas y libre negociación de los derechos –puesto que el sujeto activo de los derechos posesorios puede negociarlos como le parezca, incluso con el propietario

³⁴¹ *Apud*, Gonzáles Barrón, Gunther Hernán, *op. cit.*, pp. 19-20.

³⁴² Mayora Alvarado, Eduardo, "La usucapión y el teorema de Coase", *Revista de la facultad de derecho*, Guatemala, núm. 21, noviembre de 2002, p. 13.

³⁴³ *Cfr.*, *Ídem*.

con derechos inscritos), en ninguno de los dos sistemas se cumple con los elementos de la segunda proposición del teorema, ya que los costes de transacción son positivos [superiores a cero]. En efecto, las reglas básicas sobre la usucapión son como son y es imposible para cualquier propietario coordinarse *ex ante* con los posibles poseedores (cuya identidad ignora), para disponer sobre la forma de resolver sus relaciones o posibles disputas en cuanto al bien de que se trate. En ninguno de los dos sistemas con quienes podrían llegar a ser poseedores, o ya lo son, ignorándolo el propietario inscrito.³⁴⁴

³⁴⁴ *Ídem.*

CONCLUSIONES

- La usucapión como actualmente se conoce, tiene su origen en el *usus auctoritas*, del arcaico Derecho romano. Ésta permitía al comprador *a domino* poder defender la cosa transmitida por propio derecho, sin necesidad de la comparecencia del *auctor* de quien recibió la cosa. Por lo tanto el *usus auctoritas* era una figura complementaria a la *mancipatio*, siendo igualmente esta figura de origen arcaico

- Basados en Fuenteseca Degeneffe, Bozza y Amunátegui Perelló se colige que el *ius Quiritium*, era un modo de adquisición de tierras por derecho de conquista, cuyo principal referente fuera la repartición del *ager publicus* conquistadas por Tarquino el Viejo, hecha durante el reinado de Servio Tulio a los *quirites*, en dos yugadas por cabeza, lo cual representaba una centuria, en términos de agrimensura. Siendo representado Servio Tulio con el nombre de Rómulo por ser este último un nombre utilizado para conmemorar las grandes hazañas de Roma.

No obstante lo anterior, de ser cierta esta postura, falta por explicar el sentido del término *dominium ex iure quiritium*, porque aceptando que el *ius quiritium* fuera un modo de adquisición originario de parte del *ager publicus*, lo cierto es que las tierras provinciales se transferían por *traditio*, reservándose la *mancipatio* para *res Mancipi*. Sin embargo, no hay que olvidar que esas tierras eran parte del *ager publicus* que ya había conquistado Tarquino El Viejo, por lo que se entiende que se estableció propiedad privada sobre ellas, como sucedió con otros decretos para aumentar el *ager romanus*.

De cualquier forma se colige que la expresión perduró y se extendió a todas las cosas que formaran parte del *mancipium* ya que, siendo los animales de tiro *res Mancipi*, no se esperaría que éstas hayan sido repartidas por derecho de conquista, sino más bien al ser los fundos urbanos y rústicos dentro de suelo itálico considerados *res Mancipi* y estos se adquirieran por *ius quiritium*, en algún momento debió extenderse este término para referirse al *dominium* de todas las cosas del

mancipium. Sin embargo, esta última aseveración aunque si bien es lógica, necesita ser sostenida con un estudio en Derecho romano específico, el cual no es motivo de la presente investigación.

- En este entendido la expresión *dominium ex iure quiritium* podría entenderse como una ficción de representar al *accipens* como el titular original a quien se le repartiera dicha tierra.

- Ahora bien, la expresión *usus auctoritas* perduró en el Derecho clásico romano, mediante su inscripción en la ley decenviral; sin embargo, con la expansión de Roma se hizo necesario regular las relaciones jurídicas de transferencia de dominio entre peregrinos y ciudadanos romanos; naciendo en consecuencia del derecho pretorio figuras como la propiedad bonitaria, la *actio Publiciana* y la *usucapio*, entre otras.

- Dividiéndose la propiedad en bonitaria y quiritaria, siendo aquella cuando las cosas se transmitían sin los procedimientos del *ius civile*, se hizo necesario defender a los tenedores de la cosa *in bonis* frente a las *reivindicatio* de sus propios vendedores o frente a la desposesión de la cosa por terceros.

De tal guisa surgieron para el primer supuesto la *exceptio rei venditae et traditae*. Mientras para que el segundo supuesto surgió la *actio Publiciana*, la cual consistía en tener por fingido el plazo de la *usucapio* para considerar virtualmente que el propietario bonitario tenía el *dominium ex iure Quiritium* de la cosa.

- Con la entrada en vigor de la Constitución de Caracalla, se vuelve irrelevante la distinción entre propiedad quiritaria y propiedad bonitaria, pero esta no se abole hasta Justiniano.

- Constantino y Teodosio II ya había resuelto el problema de la *probatio proprietatis* a través de las declaraciones vecinales y del *emptio dominium*

transfetur, respectivamente. Además de los antecedentes del Registro Público hechos por Teodosio; sin embargo, en el Imperio de Justiniano, se abole todo esto, así como el *ius quiritium*, la *mancipatio*, la *in iure cesio*, la división entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*, etc. Y crea la *ius confidenciorum actorum* que permitía a ciertos magistrados la facultad de dar firmeza perpetua a los contratos de venta.

- Estas acciones hacían innecesaria la *usucapio*; sin embargo, Justiniano no solo la conservó sino que además la fusionó con los plazos de la *praescriptio longis temporis*, asimismo, permitió usucapir bienes ajenos.

- Siendo el Derecho civil mexicano, influenciado por el Derecho español, francés y alemán, no debe perderse de vista que las bases de estos son de raíces romanas prejustinianas y justinianas, Y por lo que respecta a la usucapión o prescripción adquisitiva, se colige por ende que se encuentran viciadas de origen, al tener como referente esta parte del derecho romano descontextualizado.

- Asimismo la noción de la propiedad en el Derecho civil mexicano, se fundamenta en las teorías de la propiedad como derecho natural y más adelante, de la teoría de la función social de la propiedad.

- La propiedad como Derecho natural surge como teoría en un contexto histórico en que la propiedad se había convertido en sinónimo de libertad política, económica, legal, etc.; postulando incluso que la necesidad de protección a la propiedad individual es clave en el nacimiento del Estado moderno o civil, por lo que la propiedad se convierte en un derecho celosamente protegido de cualquier molestia.

- Es a principios del siglo XX que en un contexto histórico de guerras mundiales, crisis económicas y surgimiento de la teoría social, se comienzan a cuestionar las obligaciones del Estado, teniendo como resultado el de postular que una de sus obligaciones es la de procurar el bienestar de su población y asegurar

un mínimo de providencia.

Es precisamente en este orden de ideas que se desarrolla la teoría de la función social de la propiedad, sostenida por León Duguit, refiriendo que la propiedad tiene una función económica de aumentar la riqueza de la sociedad, a través de la explotación del capital propio, para con ello asegurar las necesidades básicas de la sociedad.

- El neoliberalismo se desarrolla como respuesta a la decadencia del Estado benefactor originada por la ingente demanda de prestaciones sociales y la falta de recursos para mantener programas sociales. Pensamiento político que se instauró en México a través de reformas estructurales basadas en el Consenso de Washington.

- Siendo la protección de los derechos de propiedad privada uno de los puntos mediante los cuales el neoliberalismo se instauraba a través de reformas estructurales, consideramos pertinente que su estudio se ciña bajo la perspectiva del análisis económico del Derecho, que a pesar de presentar bases más neoclásicas, termina fundiéndose con este objetivo en particular.

- En este sentido, se considera que desde la perspectiva del análisis económico del Derecho realizado a los sistemas de propiedad, estos solo son eficaces cuando estos entienden la seguridad jurídica como certeza que se traduce en inatacabilidad, y que además permite la fácil adquisición y transmisión de bienes.

- El teorema de Coase nos permite entender que la usucapión de mala fe es ineficaz en términos paretianos al otorgar un beneficio a una persona siendo la otra desprovista de cualquier beneficio. Por otra parte, no debe perderse de vista que permitir la usucapión de mala fe es una mala estrategia del Estado para garantizar el acceso a vivienda o a un patrimonio, siendo este último problema generado por el Estado mismo, al permitir fenómenos como la gentrificación y no realizar medidas

suficientes para el adecuado acceso a precios justos de vivienda con acceso a servicios básicos.

- En este sentido, si nuestra legislación proviene de una mezcla de doctrinas formalistas y consensualistas, y considerándose explícitamente en la segunda postura; y a sabiendas que las legislaciones en que se influencio la mexicana, en su mayoría tienen raíces francesas directas del Código de Napoléon, cuya legislación se basa en la doctrina romana justiniana es entonces que los vicios vienen desde aquellas influencias.

- Ahora bien el objetivo del artículo 27 fue el de individualizar la tierra y desarrollar la propiedad privada por ello en el código de civil de 1928 se entiende la protección a la posesión y la función de la usucapión; sin embargo, a casi 100 años del código civil de merito, la situación no ha cambiado en mucho, por lo que es momento de cambiar el sistema de transferencia de propiedad.

- En este sentido, la usucapión en nuestros tiempos es la manera de perfeccionar la adquisición de propiedad en México, dado que la misma da seguridad jurídica inatacable; y siendo así las cosas el Registro Público pierde gran parte de su sentido de existencia, si no puede otorgar la misma seguridad que la usucapión.

- En otros países existe la *adverse possessio* que se equipara a la usucapión; sin embargo, bajo la idea de prescripción de derecho a accionar del propietario, caso contrario que en México donde funciona como modo de adquisición de la propiedad, excepto cuando se opone en reconvencción que pareciera funcionar como excepción.

- A la vista del análisis económico del Derecho, la reforma del sistema de transferencia de propiedad y de otras figuras en el Derecho civil mexicano, permitirían una reducción de costos de transacción suficiente para permitir la fluidez

de la riqueza de manera eficiente, donde los bienes inmuebles encontrarían sus mejores usos; otorgando a su vez a la propiedad de seguridad jurídica tanto estática como dinámica inquebrantable.

- Finalmente como lo refiriera Raúl Miguel Arriaga Escobedo durante la presentación de su libro *Usucapión y jurisprudencia. Su aplicación en el juicio ordinario*. La usucapión no encuentra otra justificación lógica que el de una necesidad electoral, ya que al crear instituciones, procedimientos, y programas de regularización de la vivienda a través de la usucapión, solo se procura ganar adeptos políticos. Puesto que una vez regularizados los predios, nadie asegura su regularización en futuras transferencias.

- Todo lo anterior nos indica que la usucapión es un remedio social autoritario con falsas justificaciones y sin sentido, basada en una figura romana descontextualizada.

FUENTES DE INFORMACIÓN

I. BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSIO ROBLES, Miguel, *Temas de derechos reales*, 3a. ed., D.F., Porrúa, 2012.
- ARRIEGA ESCOBEDO, Héctor Raúl y ARRIAGA ESCOBEDO, Raúl Miguel, *Usucapión y jurisprudencia. Su aplicación en el juicio ordinario civil*, 5a. ed., Ciudad de México, Porrúa, 2018.
- ÁVILES URQUIZA, Rogelio, *Investigación jurídica científica*, D.F., Editorial Flores, 2014.
- BONFANTE, Pietro, *Instituciones de derecho romano*, 5a. ed., trad. de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, Reus, 2002.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 20a. ed., D.F., Porrúa, 2006.
- BREZZO, Camillo, *La mancipatio*, Roma, L'erma di Bretschneider, 1972.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Derecho notarial y derecho registral*, 18a. ed., D.F., Porrúa, 2007.
- CHUNG HUI, Wang, *German civil code translated and annotated with an historical introduction and appendices*, London, Stevens and Sons, 1907.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014, *Sección de Obras de Política y Derecho*.
- COUTURE, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, t. II.
- CRUZ BARNEY, Óscar, *La codificación en México: 1821-1917: una aproximación*, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- FEYERABEND, Paul, *Tratado contra el método*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2015.
- FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita, *La formación romana del concepto de propiedad. (dominium, proprietas y causa possessionis)*, Madrid, Dykinson, 2004.

- FUENTESECA DÍAZ, Pablo, *Estudios de derecho romano*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 2009.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Zaragoza, Cometa, 1974.
- GARCÍA TÉLLEZ, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo código civil mexicano*, D.F., s.e., 1932.
- GARNER, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, 9a. ed., Estados Unidos de América, West, 2009.
- GAYO, *La instituta de Gayo. Descubierta recientemente en un palimpsesto de la biblioteca capitular de Verona*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación y enseñanza*, 3a. ed., Ciudad de México, Tirant lo blanch, 2016.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, *Diccionario de derecho romano*, 3a. ed., Madrid, Reus, 1982.
- HERNÁNDEZ MONTES DE OCA, Ricardo y MARQUEZ ROMERO, Raúl, *Lineamientos y criterios del proceso editorial*, 2a. ed., D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- HIGHTON DE NOLASCO, Elena Inés, *Dominio y usucapión (primera parte)*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.
- HIGHTON DE NOLASCO, Elena Inés, *Dominio y usucapión (segunda parte)*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.
- HUBER OLEA, Francisco José, *Diccionario de derecho romano. Comparado con derecho mexicano y derecho canónico*, 2a. ed., D.F., Porrúa, 2007.
- IHERING, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, D.F., Oxford University Press, 2001.
- IHERING, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, D.F., Oxford University Press, 2001.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009.

- LÓPEZ RUÍZ, Miguel, *Nuevos elementos para la investigación. Métodos, técnicas y redacción*, México, Origami Editorial, 2008.
- MARCADÉ, Victor-Napoléon, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon. Prescription*, 6a. ed., París, Delamotte, administrateur du repertoire de l'enregistrement, 1867, t. XII.
- MUNZER, Stephen R., *New essays in the legal and political theory of property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- OLVERA GARCÍA, Jorge, *Metodología de la investigación jurídica para la investigación y elaboración de tesis de licenciatura y posgrado*, Ciudad de México, Universidad Autónoma del Estado de México, MAPorrúa, 2015.
- ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Derecho civil. Parte general*, 3a. ed., D.F., Porrúa, 1986.
- PETIT, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, 25a. ed., trad. de José Fernández González, D.F., Porrúa, 2015.
- PIPES, Richard, *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, trad. de Josefina de Diego, D.F., Turner, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- RABASA, Emilio O. (coordinador), *De las garantías individuales : artículo 27 constitucional*, México, Instituto Nacional de estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1990, Nuestra constitución. Historia de la libertad y soberanía del pueblo mexicano; Cuaderno No. 11.
- ROJAS CASTRO, Ma. Ovidia, "Neoliberalismo y legislación económica en México", *Derecho y Neoliberalismo*, Morelia, Michoacán, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Red de Sociología Jurídica en América Latina y el Caribe, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2012, Perspectivas socio-jurídicas en América Latina y el Caribe, v. I.
- ROUAIX, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, 3a. ed., Ciudad de México, Secretaría de Cultura, Dirección General de Publicaciones: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2016, Biblioteca Constitucional INHERM.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, 5a.

ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1962, t.II.

THE COMPARATIVE LAW BUREAU OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION,
The swiss civil code of december 10, 1907, trad. de Robert P. Shick, Boston,
The Boston Book Company, 1915.

II. HEMEROGRÁFICAS

-----, "Texto de la edición del código civil mandada publicar por real decreto de 24 del corriente en cumplimiento de la ley de 25 de mayo último", *Gaceta de Madrid*, Madrid, año CCXXVIII, t. III, núm. 206, 25 de julio de 1889, pp. 249-312.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, "Origen y función de la 'mancipatio'", *Revista de estudios históricos-jurídicos*, Valparaíso, Chile, núm. 33, 2011, pp. 37-63.

AMUNÁTEGUI, PERELLÓ, Carlos Felipe, "Las 'gentes' y la propiedad colectiva", *Revista de estudios históricos-jurídicos*, Valparaíso, Chile, núm. 32, 2010, pp. 39-58.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, "La ciudadanía romana bajo los Severos", *Revista de estudios históricos-jurídicos*, Valparaíso, Chile, núm. 31, 2009, pp. 87-123.

ARRUÑADA, Benito, "Organización del registro de la propiedad en países en desarrollo", *Fuero Registral: Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral*, Lima, núm. 1, diciembre de 2003, pp. 49-77.

BATISTA PEREIRA, Eliécer y CORAL LUCERO, James Iván, "La función social de la propiedad: La recepción de León Duguit en Colombia" *Criterio jurídico*, vol. 10, núm. 1, 2010, pp. 59-90.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "La propiedad Inconclusa", *Fuero Registral: Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral*, Lima, año X, núm. 8, noviembre de 2011, pp. 71-91.

CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas, "Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la catedral", trad. de Ximena Zavala L. y Eduardo Sotelo C., *Estudios Públicos*, Santiago, núm.

- 63, 1996, pp. 63-86.
- COASE, Ronald H., "El problema del costo social", *Estudios Públicos*, Santiago, núm. 45, 1992, pp. 81-134.
- CUARTAS HENAO, María Dolly, "El derecho a la propiedad: Locke y Kant, entre el trabajo y la ocupación", *Estudios de Derecho*, Antioquía, vol. 71, núm. 157, 2014, pp. 211-233.
- GAONA ABAD, Katty Isadora, "Sistemas de propiedad y análisis económico", *Fuero Registral: Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral*, Lima, año X, núm. 7, junio de 2011, pp. 205-224.
- GARAZATUA NUÑOVERO, Juan José, "La seguridad Jurídica en el sistema registral", *Fuero Registral: Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral*, Lima, año X, núm. 7, junio de 2011, pp.169-185.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La influencia del código civil francés en las codificaciones americanas", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile, núm. 27, julio de 2006, pp. 27-60.
- LÓPEZ JUÁREZ, Ponciano, "Los sistemas registrales y sus efectos en la contratación", *Revista Mexicana de Derecho*, Distrito Federal, año XIII, núm. 14, enero-diciembre de 2012, pp. 293-303.
- MANZANO SOLANO, Antonio, "Los sistemas registrales inmobiliarios de Inglaterra y Estados Unidos", *Derecho y Opinión*, Córdoba, núm. 0, 1992, pp. 151-161.
- MAYORA ALVARADO, Eduardo, "La usucapión y el teorema de Coase", *Revista de la facultad de derecho*, Guatemala, núm. 21, noviembre de 2002, pp. 11-14.
- OROPEZA BARBOSA, Antonio, "La seguridad jurídica en el campo del derecho privado", *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*, Puebla, año I, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 61-80.
- TARAZONA ALVARADO, Fernando, "Algunas consideraciones sobre el principio de fe pública registral", *Fuero Registral: Revista de Doctrina y Jurisprudencia Registral*, Lima, año X, núm. 8, noviembre de 2011, pp. 11-35.
- TREBEJOS PEÑA, Friolán, "¿Quién me dirá si soy propietario?: Aspectos registrales del derecho de la propiedad y el registro como mecanismo de protección de titularidades", *Fuero Registral: Revista de Doctrina y*

Jurisprudencia Registral, Lima, año X, núm. 7, junio de 2011, pp. 223-238.

VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Jorge, "Neoliberalismo y Estado benefactor. El caso mexicano", *Aportes*, Puebla, año X, núm. 30, septiembre - diciembre de 2005, pp.51-76.

III. DOCUMENTOS PUBLICADOS EN INTERNET

BRITISH INSTITUTE OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, *Report by the British Institute of International and Comparative Law for Her Majesty's Court Service. Adverse possession*, Reino Unido, British Institute of International and Comparative Law, 2006, https://www.biicl.org/files/2350_advposs_sep_ftnsv3.pdf

DIAZ REYNA, Emilio A., "El efecto retroactivo de la usucapión", *Revista notarial de Córdoba*, Córdoba, Argentina, núm. 31, 1976, <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/10/RNCba-31-1975-01-Doctrina.pdf>

DEMSETZ, Harold, "Hacia una teoría de los derechos de propiedad", *Economía metropolitana- Fundación Distrito Federal Cambio XXI*, México, vol. 9, núm. 52, junio de 1997, http://www.eumed.net/cursecon/textos/Demsetz_teoría-derechos-propiedad.pdf

DONAIRES SÁNCHEZ, Pedro, "El principio del consensualismo en el derecho de los contratos", *Derecho y cambio social*, Lima, año IX, núm. 30, octubre de 2012, pp. 1-22, http://www.derechoycambiosocial.com/revista030/principio_del_consensualismo.pdf

FUENTESECA DEGENEFTE, Margarita, "La exclusión del comprador a non domino de la usucapio", *Revista Internacional de Derecho romano*, España, núm. 15, 2015, pp. 1-67, http://www.ridrom.uclm.es/documentos15/fuenteseca15_pub.pdf

FUENTESECA, DEGENEFTE, Margarita, "La fides publica romana", *Revue internationale des droits de l'antiquité*, Bélgica, núm. 60, 2013, pp. 131-162,

<http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2013/07.Fuenteseca.pdf>

GALLEGO MARÍN, Carlos Arturo, "El concepto de seguridad jurídica en el Estado social", *Jurídicas*, Manizales, Colombia, vol. 9, núm. 2, julio-diciembre de 2012, pp. 70-90, [http://190.15.17.25/juridicas/downloads/Juridicas9\(2\)_6.pdf](http://190.15.17.25/juridicas/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf)

GONZÁLES BARRÓN, Gunther Hernán, "La usucapión siempre vence al tercero de la fe pública registral. El inexistente problema de la usucapión contra tabulas", *Derecho y cambio social*, Lima, año IX, núm. 29, julio de 2012, pp. 1-44, https://www.derechoycambiosocial.com/revista029/prescripcion_adquisitiva_de_dominio.pdf

JUÁREZ TAIPE, Estefany y POZO SÁNCHEZ, Julio E., "¿Sentencia declarativa o constitutiva en los procesos de prescripción adquisitiva de dominio? Propuesta para reformar el artículo 952 del Código Civil desde la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema", *Actualidad Civil*, Lima, vol. 9, marzo de 2015, pp. 278-287, https://works.bepress.com/julio_pozo_sanchez/7/download/

LOBO SAÉNZ, María Teresa, "La nulidad del título de propiedad y sus consecuencias con respecto a la prescripción adquisitiva", *Revista de derecho privado*, México, cuarta época, año I, núm. 2, julio-diciembre de 2012, pp. 579-582, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/viewFile/9000/11050>

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., "Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 4, octubre de 2008, http://www.indret.com/pdf/589_es.pdf

OCDE, "Estudios económicos de la OCDE. México. Enero 2017", Comité de Análisis Económico y del Desarrollo de la OCDE, México, 2017, www.oecd.org/eco/surveys/economic-survey-mexico.htm

PÉREZ VELASCO, David Velasco, "Análisis económico de los derechos de propiedad", *Derecho y Economía*, Lima, febrero de 2011, http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Analisis_Economico_de_los_Derechos_de_Propiedad.pdf

VILLEGAS, Héctor B., "El contenido de la seguridad jurídica", *Impuestos*, España, núm. 3, noviembre-diciembre de 1993, pp. 33-43, <https://studylib.es/doc/7744989/el-contenido-de-la-seguridad-jur%C3%ADdica>

WILLIAMSON, John, "Lo que Washington quiere decir cuando se refiere a reformas de políticas económicas", http://www.pdf.lacaixa.comunicacions.com/ee/esp/ee15_c3_esp.pdf

IV. JURISPRUDENCIA

Contradicción de Tesis 236/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 6.

FORMER SECTION IV, Case of J.A.Pye (Oxford) Ltd. and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. v. the United Kingdom, Estrasburgo, European Court of Human Rights, 15 de noviembre de 2005, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2244302/02%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-71034%22%5D%7D>

GRAND CHAMBER, Case of J.A.Pye (Oxford) Ltd. and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. v. the United Kingdom, Estrasburgo, European Court of Human Rights, 30 de agosto de 2007, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-82172%22%5D%7D>

Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CXVII, p. 587.

Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CXII, p. 1432.

Tesis 154, *Apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 2011*, Sexta Época, t. V, Civil Primer Parte - SCJN Primera Sección - Civil Subsección 2 - Adjetivo, 2011, p. 165.

Tesis 1a./J. 14/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, noviembre de 2000, p. 11.

Tesis I. 5o. C. J/2, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. III, Segunda Parte-2, enero-junio de 1989, p.933.

Tesis I.4o.C. J/30, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VI, julio-

diciembre de 1990, p. 385.

Tesis I.5o.C.86 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, julio de 1999, p. 892.

Tesis II.1o.42 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, septiembre de 2016, p. 2859.

Tesis V.1o.C.T. J/68, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, mayo de 2009, p.996.

Tesis XXII.16 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, mayo de 1996, p.605.

Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en la contradicción de tesis 236/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011.

V. LEGISLACIÓN

ARGENTINA-LEGISLACIÓN, *Código civil de la República de Argentina. Sancionado por el honorable congreso el 29 de setiembre de 1869 y corregido por ley de 9 de setiembre de 1882*, edición oficial, Establecimiento Tipográfico de "La Pampa", 1883.

CHILE-LEGISLACIÓN, *Código civil de la república de Chile*, Santiago de Chile, Imprenta Nacional, 1856.

FRANCIA-LEGISLACIÓN, *Code civil des Français. Édition originale et seule officielle*, París, De L'imprimerie de la Republique, 1804.

GUATEMALA-LEGISLACIÓN, *Código civil de la República de Guatemala 1877*, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 1880.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil del Distrito Federal y territorios de Tepic y Baja California. Promulgado en 31 de marzo de 1884*, Edición anotada, concordada y puesta al día por el Lic. Antonio de J. Lozano, notario público, México, Guía Práctica de Derecho, 1902.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil del Estado de Aguascalientes*, Aguascalientes, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil del Estado de Campeche*, Campeche, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil del Estado de Chiapas*, Tuxtla Gutiérrez, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil del Estado de Chihuahua*, Chihuahua, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil del Estado de Durango*, Durango, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil del Estado de Jalisco*, Guadalajara, Jalisco, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil del Estado de México*, Toluca, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil del Estado de Querétaro*, Querétaro, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil del Estado de Tamaulipas*, Ciudad Victoria, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil del Estado de Yucatán*, Mérida, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil del Estado de Zacatecas*, Zacatecas, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero*, Chilpancingo, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil federal*, México, 2019.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Distrito Federal*, Ciudad de México, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Distrito y territorios federales en materia común y para toda la república en materia federal*, D.F., Talleres Gráficos de la Nación, 1928.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de Baja California*, Mexicali, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza*, Saltillo, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de Colima*, Colima, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de Guanajuato*, Guanajuato, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de Hidalgo*, Pachuca, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de Michoacán de Ocampo*, Morelia, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de Nayarit*, Tepic, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de Nuevo León*, Nuevo León, Monterrey, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de Oaxaca*, Oaxaca, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de San Luis Potosí*, San Luis Potosí, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de Sinaloa*, Culiacán, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de Sonora*, Hermosillo, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de Tabasco*, Villahermosa, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave*, Xalapa, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado libre y soberano de Baja California Sur*, La Paz, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos*, Cuernavaca, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla*, Puebla, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo*, Chetumal, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Código civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala*, Tlaxcala, 2018.

MÉXICO-LEGISLACIÓN, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 2018.

PERÚ-LEGISLACIÓN, *Código civil del Perú*, Lima, Imprenta del Gobierno, 1852.

PORTUGAL-LEGISLACIÓN, *Código civil portuguez. Aprobado por carta de lei de 4 de julio de 1867*, 2a. ed., Lisboa, Imprensa Nacional, 1868.

REINO UNIDO-LEGISLACIÓN, *Land Registration Act*, England, Her Majesty's Stationery Office, 1925.

REINO UNIDO-LEGISLACIÓN, *Limitation Act*, England, Her Majesty's Stationery Office, 1980.

UNIÓN EUROPEA-LEGISLACIÓN, *European Convention of Human Rights*,
Estrasburgo, European Court of Human Rights - Council of Europe, 2013.