



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN
MAESTRÍA EN DERECHO**

**LA DEFENSA DE LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN.
ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL DERECHO ROMANO CLÁSICO Y EL DERECHO
CIVIL DE LA CIUDAD DE MÉXICO**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO**

**PRESENTA:
LIC. MORALES ANDRADE PEDRO URIEL**

**TUTOR:
MTRO. RAÚL AARÓN ROMERO ORTEGA
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO**

Nezahualcóyotl, Estado de México, septiembre de 2019.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MI FAMILIA:

Antonio León: para ti no tengo palabras de agradecimiento, sino de perdón, porque tuve que sacrificar momentos a tu lado, justo cuando más me necesitabas.

Tú fuiste la razón, inspiración y fin de este sueño.

Tu discapacidad es motivo de mi mayor capacidad. Te amo.

Aarón Dariel: antes de realizar el examen de ingreso a la maestría, supe que venías en camino y lo que pensé que sería motivo de inseguridad y debilidad, se convirtió en seguridad y fortaleza. Llegaste a la familia a darnos un ambiente al que nos habíamos negado...la felicidad.

Cecilia: gracias por tu tiempo, paciencia, sacrificio, amor, pero sobre todo, por compartir conmigo cada sueño y meta. El éxito es también tuyo. Gracias a que siempre estuviste en los momentos malos, es que puedo estar tranquilo y saber que pase lo que pase, estarás allí de nuevo.

A MIS PADRES

Juan Manuel y María de la Luz: por su apoyo más allá del cumplimiento del deber.

Gracias por ser el ejemplo que me ha enseñado a ser un mejor padre.

“Aun no teniendo nada en la vida, un hijo puede conseguirlo todo, si es que nunca olvida de dónde viene y a quiénes se debe”.

A MIS MAESTROS ROMANISTAS

A la memoria del **Dr. Gumesindo Padilla Sahagún**, a la **Mtra. Rosa María Valencia Granados** y al **Dr. Jorge Adame Goddard**. Porque su apoyo me ha permitido dedicarme a lo que amo, la docencia y la investigación. Sepan que en cada trabajo, lugar o proyecto, llevaré con humildad sus enseñanzas y valores.

A MI TUTOR

Mtro. Raúl Aarón Romero Ortega: por todo el apoyo, paciencia y confianza depositada en su servidor, además, por la guía en este trabajo, sin la cual, no sería posible. Con admiración y respeto.

AL COMITÉ DE TUTORES DE DERECHO CIVIL I

Mtro. Ramón Loeza Salmeron y Dr. Héctor González Romero, gracias por sus observaciones y críticas realizadas a mi trabajo, las cuales sirvieron para hacer perfectible la presente investigación.

A MIS PROFESORES DE MAESTRÍA:

Dr. Isidro Mendoza García: “la diferencia entre un abogado y un maestro en Derecho, es la metodología”. Gracias.

Dra. Ana soledad Delgado Calva: por el profesionalismo y dedicación con la que se mostró durante sus clases. Con admiración.

A MI COLEGA Y MAESTRO EN LA PRÁCTICA

Mtro. José Antonio Morales Andrade: cuyas enseñanzas me han permitido aplicar mis conocimientos en la resolución de controversias en los foros judiciales. Con cariño, al mejor abogado defensor que conozco, mi hermano.

AL CONSEJO NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Institución que apoyó la realización de este trabajo de investigación, Cuyo apoyo fue fundamental no solo para su elaboración, sino también, para que hoy obtenga el grado de maestro en Derecho.

“Is, qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est, ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere. (El que decidió reclamar una cosa, debe considerar primero si puede obtener la posesión por algún interdicto, ya que es mucho más cómodo poseer uno mismo y cargar a su adversario con las cargas del demandante, que pedir teniendo otro la posesión)”.

Gayo, libro VII, Comentarios al edicto provincial, D. 6.1.24

“Hay en la jerarquía de medios de defensa de los bienes raíces y derechos reales que están o pueden estar en nuestro patrimonio, tres grados, o tres medios, o tres acciones conocidas desde hace siglos en la ciencia y en la legislación: los interdictos posesorios, los juicios plenarios de posesión y la acción reivindicatoria o de dominio”.

Antonio de Ibarrola

“La razón por la cual los interdictos deben resolverse previamente a la acción plenaria de posesión o la de dominio es la siguiente: en el interdicto simplemente se protege el hecho de la posesión, sin importar el mejor derecho para poseer; consecuentemente, cualquier ataque o daño a la posesión debe resolverse en una forma sumaria, inmediata”.

Rafael Rojina Villegas

ÍNDICE

| | |
|-------------------|---|
| Introducción..... | X |
|-------------------|---|

Capítulo Primero. La defensa ordinaria del *dominium* y la *possessio* en el Derecho romano clásico

| | |
|---|----|
| 1. El <i>dominium</i> | 1 |
| 1.1. Concepto..... | 1 |
| 1.2. Tipos de <i>dominium</i> | 4 |
| 1.3. Defensa del <i>dominium</i> | 6 |
| 1.3.1 La <i>actio rei vindicatio</i> | 6 |
| 1.3.1.1 Concepto..... | 6 |
| 1.3.1.2 Fórmula de la <i>actio</i> | 8 |
| 1.3.1.3 Legitimación activa y pasiva..... | 9 |
| 1.3.1.4 Elementos que debían acreditarse | 10 |
| 1.3.1.5 La condena de la sentencia..... | 11 |
| 1.3.1.6 El procedimiento para su ejercicio..... | 13 |
| 1.3.2 La <i>actio publiciana</i> | 17 |
| 1.3.2.1 Concepto..... | 17 |
| 1.3.2.2 Fórmula de la <i>actio</i> | 18 |
| 1.3.2.3 Legitimación activa y pasiva..... | 19 |
| 1.3.2.4 Elementos que debían acreditarse..... | 21 |
| 1.3.2.5 La condena de la sentencia..... | 22 |
| 1.3.2.6 El procedimiento para su ejercicio..... | 22 |
| 2. La <i>possessio</i> | 22 |
| 2.1 Concepto..... | 22 |
| 2.2 Tipos de <i>possessio</i> | 23 |
| 2.3 Defensa de la <i>possessio</i> | 26 |
| 2.3.1 Los <i>interdicta</i> | 26 |
| 2.3.1.1 Concepto..... | 26 |

| | | |
|---------|--|----|
| 2.3.1.2 | Legitimación en los <i>interdicta</i> | 28 |
| 2.3.1.3 | Tipos de <i>interdicta</i> | 29 |
| 2.3.2 | Los <i>interdicta retinendae possessionis</i> | 30 |
| 2.3.2.1 | Concepto..... | 30 |
| 2.3.2.2 | Tipos de <i>interdicta retinendae possessionis</i> | 31 |
| 2.3.2.3 | El procedimiento <i>ex interdicto</i> | 33 |
| 2.3.3 | Los <i>interdicta recuperandae possessionis</i> | 36 |
| 2.3.3.1 | Concepto..... | 36 |
| 2.3.3.2 | Tipos de <i>interdicta recuperandae possessionis</i> | 37 |
| 2.3.3.3 | El procedimiento <i>ex interdicto</i> | 39 |

Capítulo Segundo. La defensa ordinaria de la propiedad y la posesión en el Derecho civil de la Ciudad de México

| | | |
|----------|---|----|
| 1. | La propiedad..... | 42 |
| 1.1. | Concepto..... | 42 |
| 1.2. | Tipos de propiedad..... | 45 |
| 1.3. | Defensa de la propiedad..... | 46 |
| 1.3.1. | La acción reivindicatoria..... | 46 |
| 1.3.1.1. | Concepto..... | 46 |
| 1.3.1.2. | Enunciado del artículo 4 del Código de Procedimientos Civiles para la ciudad de México..... | 48 |
| 1.3.1.3. | Legitimación activa y pasiva..... | 48 |
| 1.3.1.4. | Elementos que deben acreditarse..... | 50 |
| 1.3.1.5. | La condena de la sentencia..... | 54 |
| 1.3.1.6. | El procedimiento para su ejercicio..... | 57 |
| 2. | La posesión..... | 63 |
| 2.1 | Concepto..... | 63 |
| 2.2 | Tipos de posesión..... | 66 |
| 2.3 | Defensa de la posesión..... | 68 |

| | | |
|---------|---|----|
| 2.3.1 | La acción publiciana o plenaria de posesión..... | 69 |
| 2.3.1.1 | Concepto..... | 69 |
| 2.3.1.2 | Enunciado del artículo 9 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México..... | 70 |
| 2.3.1.3 | Legitimación activa y pasiva..... | 71 |
| 2.3.1.4 | Elementos que deben acreditarse..... | 72 |
| 2.3.1.5 | La condena de la sentencia..... | 74 |
| 2.3.1.6 | El procedimiento para su ejercicio..... | 75 |
| 2.3.2 | Los interdictos..... | 75 |
| 2.3.2.1 | Concepto..... | 75 |
| 2.3.2.2 | Legitimación en los interdictos..... | 78 |
| 2.3.2.3 | Tipos de interdictos..... | 79 |
| 2.3.3 | El interdictos para retener la posesión..... | 80 |
| 2.3.3.1 | Concepto..... | 80 |
| 2.3.3.2 | Enunciado del artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México..... | 82 |
| 2.3.3.3 | El Procedimiento interdictal..... | 85 |
| 2.3.4 | El interdictos para recuperar la posesión..... | 85 |
| 2.3.4.1 | Concepto..... | 85 |
| 2.3.4.2 | Enunciados de los artículos 17 y 18 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México..... | 86 |
| 2.3.4.3 | El procedimiento interdictal..... | 88 |

Capítulo Tercero. Estudio comparativo de los mecanismos de defensa de la propiedad y la posesión del Derecho romano clásico y del Derecho civil de la Ciudad de México

| | | |
|------|---|----|
| 1. | Estudio comparativo del <i>dominium</i> y la propiedad..... | 89 |
| 1.1. | Concepto..... | 89 |
| 1.2. | Tipos de propiedad..... | 94 |

| | |
|---|-----|
| 1.3. Defensa del <i>dominium</i> y de la propiedad..... | 95 |
| 1.3.1 La <i>actio rei vindicatio</i> (acción reivindicatoria)..... | 95 |
| 1.3.1.1. Concepto..... | 95 |
| 1.3.1.2. La fórmula de la <i>actio reivindicatio</i> y el enunciado del artículo 4 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México..... | 98 |
| 1.3.1.3. Legitimación activa y pasiva..... | 99 |
| 1.3.1.4. Elementos que deben acreditarse..... | 101 |
| 1.3.1.5. La condena de la sentencia..... | 103 |
| 1.3.1.6. El Procedimiento en su ejercicio..... | 107 |
| 2. Estudio comparativo de la <i>possessio</i> y la posesión..... | 114 |
| 2.1 Concepto..... | 114 |
| 2.2 Tipos de posesión..... | 116 |
| 2.3 Defensa de la <i>possessio</i> y de la posesión..... | 119 |
| 2.3.1 La <i>actio publiciana</i> (acción publiciana o plenaria de posesión)..... | 119 |
| 2.3.1.1 Concepto..... | 119 |
| 2.3.1.2 La fórmula de la <i>actio publiciana</i> y el enunciado del artículo 9 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México..... | 121 |
| 2.3.1.3 Legitimación activa y pasiva..... | 122 |
| 2.3.1.4 Elementos que deben acreditarse..... | 123 |
| 2.3.1.5 La condena de la sentencia..... | 126 |
| 2.3.1.6 El procedimiento en su ejercicio..... | 126 |
| 2.3.2 Los interdictos (<i>interdicta</i>)..... | 126 |
| 2.3.2.1 Concepto..... | 126 |
| 2.3.2.2 Legitimación en los interdictos..... | 130 |
| 2.3.2.3 Tipos de interdictos..... | 131 |
| 2.3.3 Los <i>interdicta retinendae possessionis</i> (interdictos para retener la posesión)..... | 132 |
| 2.3.3.1 Concepto..... | 132 |
| 2.3.3.2 La fórmula de los <i>interdicta retinendae possessionis</i> y el | |

| | |
|--|------------|
| enunciado del artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México..... | 134 |
| 2.3.3.3 El Procedimiento interdictal..... | 137 |
| 2.3.4 Los <i>interdicta recuperandae possessionis</i> (interdictos para recuperar la posesión)..... | 140 |
| 2.3.4.1 Concepto..... | 141 |
| 2.3.4.2 La fórmula de los <i>interdicta recuperandae possessionis</i> y el enunciado de los artículos 17 y 18 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México..... | 142 |
| 2.3.4.3 El procedimiento interdictal..... | 143 |
| Conclusiones..... | 145 |
| Fuentes de consulta..... | 148 |

INTRODUCCIÓN

Dentro de algunos programas de estudios que trazan la formación académica de los alumnos en Derecho, a nivel licenciatura en nuestro país, se encuentran contempladas asignaturas que cumplen un papel fundamental o básico y que, paradójicamente, la institución educativa, la investigación y el quehacer docente, les resta importancia y dedicación, a tal grado, que cada vez es más común observar planes de estudio que prescinden de su estudio. Ejemplo de estas asignaturas son el Derecho romano y el Derecho comparado.

Tal como ha sostenido la escuela orsiana del Derecho romano clásico (fundada por Álvaro d'Ors en Santiago de Compostela, España), "la virtud ejemplar del Derecho romano, por la que debe seguir siendo estudiado en la actualidad, consiste en haber sido fundamentalmente un Derecho científico, es decir, jurisprudencial y no un orden impuesto por el legislador". En efecto, el Derecho romano clásico "forma en la mente de los jóvenes los hábitos intelectuales propios del jurista, en especial el hábito de la ciencia y el de la jurisprudencia" ya que brinda el conocimiento de las instituciones (ciencia) y la técnica para aplicar ese conocimiento, a través de un procedimiento a la resolución de problemas (prudencia).

Por su parte, el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad de Hamburgo (Konrad Zweigert y Hein Kötz), ha sostenido que los beneficios prácticos que el Derecho comparado aporta al jurista son: un instrumento para el legislador; una herramienta de construcción del conocimiento; un elemento de los programas universitarios óptimo para la enseñanza; una contribución a la unificación sistemática del Derecho y al desarrollo de un Derecho privado aplicable en todos los países europeos (en nuestra región podríamos hablar de países neorromanistas o latinoamericanos).

Siendo así, podemos observar que ambas disciplinas científicas del Derecho tienen una finalidad común, ya que brindan al estudiante y al profesional del Derecho un cumulo de conocimientos útiles en el estudio e interpretación de principios, leyes, máximas, conceptos, clasificaciones y textos normativos propios de un ordenamiento

jurídico determinado, en el cual se pueden descubrir modelos para prevenir y resolver conflictos sociales.

Por lo anterior, este trabajo se sustenta en la línea de investigación de ambas disciplinas y de forma particular, pretende seguir los trabajos de investigación que ha propuesto en México el Doctor Jorge Adame Goddard, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la cual, se concibe al Derecho romano clásico como el centro de la tradición jurídica universal, de la que el Código Civil de la Ciudad de México es una expresión, por tanto, al representar ambos ordenamientos jurídicos dos momentos de una misma tradición, resultan ser comparables.

Esta comparación busca obtener semejanzas y diferencias entre ambos sistemas, en la que tomando como paradigma o medida de evolución al Derecho romano clásico, se valora como un progreso aquellas semejanzas que guarda nuestro sistema jurídico con aquel, en contraposición, las diferencias constituyen un retroceso. El estudio comparativo nos permitirá ofrecer una explicación histórica sobre las diferencias que presentan los ordenamientos objeto de estudio, asimismo, podremos ofrecer una propuesta de armonización entre ambos sistemas, en la que se retome aquellos principios, reglas, razones o argumentos del Derecho romano clásico que auxilien a suplir las deficiencias de nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, el objeto de estudio del presente trabajo consiste en dos instituciones jurídicas que en la actualidad, tienen gran interés por parte de la romanística y la doctrina del Derecho civil: la propiedad y la posesión. Dichas instituciones guardan tan estrecha relación, que resulta imposible realizar el estudio y explicación de una, prescindiendo de la otra, basta citar que una persona puede ser propietaria sin ser poseedora, o que alguien puede ser poseedor sin ser propietario, también que alguien es poseedor y propietario, aun más, que alguien, aun teniendo en su poder físico una cosa, no es ni poseedor ni propietario. Como quiera que sea, ambas parecen tener algo en común y es que tanto el poseedor como el propietario pueden servirse de la cosa para obtener de ella ciertos aprovechamientos, sin embargo, el problema real de estas instituciones se presenta cuando alguien, siendo propietario o demostrando ser justo poseedor, no pueden servirse de la cosa, sea

porque alguien les perturba en su derecho o porque otra persona está en poder de ella, es aquí donde surge el problema de ¿Cómo debe defenderse la propiedad y la posesión?

Esta interrogante en el Derecho mexicano ha sido motivo de muchos estudios, ya que los conflictos sobre la propiedad y la posesión que se suscitan en la Ciudad de México, son entre los que más saturan la carga de trabajo de los tribunales del orden civil, no solo por la multiplicidad de conflictos existentes en la sociedad, sino también, por la regulación ineficaz de los mecanismos de defensa. En este contexto, podemos afirmar que de las acciones contempladas en el Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México para la tutela ordinaria de la propiedad y la posesión, la acción reivindicatoria y la acción publiciana o plenaria de posesión, son las más ejercitadas, cuya función es resolver la declaración del dominio y la posesión definitiva, además de la restitución del bien en disputa, respectivamente; en contraposición, los interdictos para retener y recuperar la posesión, aparecen como acciones que tutelan de forma provisional la posesión material, a fin de que en el juicio petitorio se resuelva la cuestión definitiva, sin embargo, estos interdictos aparecen en desuso, debido al inconveniente de ejercitarlos en una vía ordinaria civil para conseguir una posesión provisional, cuya demora del procedimiento es la misma que la de un juicio que resuelve en definitiva la cuestión de fondo.

Ahora, la doctrina romanista y civilista, muestran que la naturaleza de las acciones reivindicatoria, publiciana y la de los interdictos posesorios, es muy distinta, tanto en los elementos que se necesitan para su ejercicio, en el objeto que persiguen a través de la condena, en el tipo de procedimiento en el que se ventilan, pero sobre todo, que los interdictos aparecen como mecanismos previos al ejercicio de la acción que resolverá la cuestión de fondo, de ahí que el tipo de procedimiento en el que deban ejercitarse sea diferente.

Ante esta problemática, formulamos la hipótesis de que, si comparamos los mecanismos de defensa de la propiedad y la posesión en el Derecho Romano Clásico y en el Derecho Civil de la Ciudad de México, entonces podremos desentrañar los elementos diferenciales que constituyen un progreso para su defensa y con esto, incorporarlos a nuestros mecanismos actuales en una propuesta

de regulación efectiva. Esto nos exige replantear el estudio completo de las instituciones jurídicas de la propiedad y la posesión, con la finalidad de comprender su concepto, características, formas o tipos en los que se presentan, el medio ordinario para su defensa, la legitimación activa y pasiva, los elementos para acreditar la acción, la condena de la acción y el procedimiento para su ejercicio, solo de esta forma, se podrá ofrecer un estudio íntegro de la institución.

La estructura del presente trabajo se divide en tres capítulos fundamentales, los cuales nos permitirán ofrecer el estudio comparativo propuesto. En el primer capítulo, se realiza el estudio histórico del Derecho romano, de manera muy específica, el de la época clásica (130 a.c. al 230 d.c.). El objetivo es analizar las instituciones de *dominium* y *possessio* desde sus fuentes, sobre todo, del *corpus iuris civilis*, con el propósito de identificar los elementos que posibilitan la funcionalidad eficaz de los mecanismos de defensa en el procedimiento romano. Luego, en el segundo capítulo, analizamos las mismas instituciones en la legislación civil de la Ciudad de México, con el objetivo de detectar los problemas que presenta la regulación actual de los mecanismos de defensa. Finalmente, en el tercer capítulo, contrastamos los resultados obtenidos, a fin de deducir semejanzas y diferencias, para someterlas a un procedimiento valorativo, con el fin de considerar si estas representan un progreso o un retroceso para la ciencia del Derecho, con ello, estaremos en aptitud de proponer una armonización entre ambos sistemas en aras de una regulación efectiva de la propiedad y la posesión.

Para la construcción de esta investigación, además del método comparativo a que hemos hecho referencia, utilizamos también el método histórico, sobre todo, en el primer capítulo, donde abordamos el estudio del Derecho romano; dicho método nos permite desentrañar la información desde las fuentes directas de la época clásica, con la finalidad de ofrecer una síntesis recreativa de la defensa de la propiedad y la posesión, asimismo, el método cronológico nos permite ubicar nuestro fenómeno social en estudio en dos épocas diferentes, con el objeto de compararlas. Por último, nos servimos del método sistemático para unificar en nuestra tesis los diversos elementos que la componen y que conforman teoría en sí misma.

El presente trabajo busca ofrecer aportaciones significativas, por ejemplo, en el ámbito académico, puesto que se ofrece una propuesta auténtica y eficiente para regular la propiedad y la posesión, lo que contribuye a la creación de una nueva doctrina jurídica que toma como referencia, la doctrina clásica del Derecho romano en relación con la doctrina contemporánea; esto no solo puede contribuir a los estudiantes y profesores a su formación profesional, sino que además, el estudio realizado podrá ser sujeto a refutaciones o modificaciones, lo que enriquece de manera sobrada el aporte científico para el Derecho. En otro aspecto, al tener práctica la tesis propuesta, el beneficio es también social, porque permitirá resolver de forma pronta y eficaz las problemáticas que se plantean en la actualidad, aunado a ello, el conocimiento obtenido con el trabajo de investigación contribuye a estudiantes, maestros, abogados y operadores jurídicos a desarrollar sus labores prácticas de forma profesional, esto es, al tener mejores normas y profesionales capacitados, es posible conseguir un orden social más óptimo.

Finalmente, reconocemos que el presente trabajo es perfectible y que, naturalmente, pueden realizarse críticas u objeciones al mismo, sin embargo, estamos firmemente convencidos que al expresarse los argumentos pertinentes, habremos conseguido dos logros de suma importancia; primero, mejorar este trabajo con miras a un bien social; segundo, poner en el centro del debate la doctrina de una ciencia jurídica que por desgracia, amenaza con desaparecer de nuestros planes de estudio, el Derecho romano.

CAPÍTULO PRIMERO

La defensa ordinaria del *dominium* y la *possessio* en el Derecho romano clásico

En el presente capítulo se analizan los mecanismos ordinarios de defensa de la propiedad y la posesión en el Derecho romano clásico (130 a.c. al 230 d.c.), con la finalidad de comprender su funcionalidad y así, estar en posibilidad de evaluar su efectividad. Para ello, se utiliza el método histórico, cronológico y sistemático, los cuales nos permiten desentrañar, desde las fuentes directas romanas, tanto en el tema de propiedad como en el de posesión, su concepto, características, tipologías y la acción o mecanismo que se otorga para su defensa, dentro de un procedimiento determinado. Siendo así, el primer elemento de estudio será el *dominium* o propiedad y luego, se aborda el estudio de la *possessio* o posesión.

1. El *dominium*

1.1. Concepto

El término principal y general con el que los juristas romanos clásicos designaban a “la propiedad”, era el sustantivo *dominium* (señorío), mismo que a su vez, se deriva de *domus* (casa), idea que refleja el contexto histórico-social romano en el que, tanto la casa como todo lo que en ella se encuentra, pertenecen exclusivamente “al jefe supremo y donde las relaciones con el mundo exterior son reglas dadas por el *pater familias*”¹, es decir, donde este actúa como señor (*dominus*)² de su casa y de todo su *patrimonium*³.

¹ Ihering, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, México, Oxford University Press, 2001, t. II, p. 367.

² Giménez-Candela apunta que “el término más antiguo para designar al *dominus*, es *erus* que aparece en la ley Aquilia del 286 a.c. para indicar al propietario de esclavos D. 9.2.11.6”. Giménez-Candela, Teresa, *Derecho privado romano*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 178.

³ Ulpiano, libro XLVI, comentarios al edicto, D. 50.16.195.2: *...pater autem familias appellatur, qui domo dominium habet...* (...pero se llama padre de familia el que tiene dominio en la casa...).

En este contexto, *dominium* (siglo I a. c.), es un término que se desprendió de la concepción arcaica de la propiedad, esto es, de “*mancipium*”, palabra derivada del sustantivo *manus* (poder del *pater familias*) y del verbo *capere* (coger, aprender) cuya idea radica en la fórmula de la antigua vindicta, que se recitaba en la *legis actio per sacramentum*, donde se discutía la propiedad de cosas *res Mancipi* o el poder sobre personas⁴, con la distinción de que *dominium*, viene a idealizarse con un carácter más amplio, no solo referido a cosas *res Mancipi*, sino que abarca todo poder sobre cosas corporales y personas que puedan ser identificables⁵.

Ahora, durante la época posclásica (230 d.c. al 530 d.c), los juristas empiezan a utilizar en la figura jurídica del usufructo los términos *propietas* y *propietarius* para distinguir el derecho del dueño del objeto (*dominus proprietatis*) de aquél que tenía el usufructuario (*dominus usufructus*)⁶, de tal manera que con la práctica se da una substitución y generalización de las expresiones *dominium* y *dominus* por *propietas* y *propietarius*, la cual ha llegado hasta nuestros días⁷.

Pese a que los juristas romanos construyeron los términos para indicar a la propiedad, jamás la definieron, y como sostiene Schulz Fritz, “nunca intentaron definirla”⁸, porque no eran muy adeptos a dar definiciones⁹, además, observaron que cada cosa objeto de *dominium*, rendía un aprovechamiento distinto al propietario, entonces, el contenido de la propiedad variaba según la naturaleza de la cosa¹⁰, de ahí que, una definición general tendía a ser variable o ambigua, sin embargo,

⁴ Gayo explica que al pronunciarse la fórmula de la vindicta, quien la recitaba, tomaba con una mano la varilla (*fetisca*) y cogía enseguida la cosa que era objeto de litigio. Gai. 4.16. Tal como expresa Amelia Castresana, la relación física de *manu* y *capere* significa “el gesto inequívoco de aprehensión corporal, de tenencia y de disposición de la cosa (que se coge con la mano)”. Castresana, Amelia, *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo*, Madrid, Tecnos, 2014, p. 125.

⁵ Cfr. Guzmán Brito Alejandro, *Derecho privado romano*, 2a. ed., Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2013, t. I, p. 502.

⁶ Algunos ejemplos en D. 7.1.13 pr. y 7; h.t. 15.6.

⁷ Todas las expresiones que existieron en el Derecho romano para idealizar a la propiedad, no representan en forma alguna la idea moderna que se tiene acerca de la propiedad, pues “todas ellas designan más bien poderes personales o conjunto de cosas”. Samper Polo, Francisco, *Derecho romano*, 3a. ed., Santiago de Chile, Ediciones UC, 2012, p. 123.

⁸ Schulz, Fritz, *Derecho romano clásico*, trad. José Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, Boch, 1960, p. 325.

⁹ Javoleno, libro XIII, doctrina de Casio, D. 50.17.202: *Ominis definitio in iure civil periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit.* (En el derecho civil toda definición es peligrosa; porque es difícil que no pueda ser alterada).

¹⁰ Adame Goddard, Jorge, *Curso de derecho romano clásico*, México, Porrúa-UNAM, 2014, p. 77.

podemos afirmar que desde la perspectiva romana clásica, la propiedad podía ser entendida como el derecho más amplio que tiene una persona sobre cosa¹¹.

Lo anterior es así, ya que el *dominium* se reflejaba en la mente del jurista clásico por la posibilidad que otorgaba el derecho de la ciudad al *dominus*, para poder identificar una cosa, retenerla, recuperarla (mediante la acción reivindicatoria) y obtener de ella todos los aprovechamientos, ventajas o utilidades posibles, que bien se reducen a *uti, frui, habere, possidere*¹² (usar, disfrutar, disponer y poseer¹³).

Sin embargo, los juristas no alcanzaron un nivel de abstracción que les ayudara a diferenciar entre la cosa objeto de *dominium* y el derecho sobre la cosa, sino lo contrario, para ellos cosa y derecho es uno mismo, se confunden a tal punto que, al trasladarse una cosa de una persona a otra, por medio de un negocio jurídico, lo que se traslada no es el derecho sino la cosa misma¹⁴.

Siendo así, el *dominium* se caracteriza por ser perpetuo, en tanto que no puede existir un *dominium* temporal y en todo caso, se termina por la transmisión del dueño, abandono, o pérdida¹⁵; además, es absoluto porque puede ser oponible a cualquier persona mediante una acción (reivindicatoria o publiciana, según sea el caso) que permite recuperarla, o bien, rechazar mediante una excepción, a cualquiera que no tenga un mejor derecho sobre la cosa¹⁶; es también pleno, en virtud de que permite conceder a su titular todos los aprovechamientos o utilidades posibles, empero, el Derecho civil no protege los actos irracionales que no impliquen un aprovechamiento de la cosa¹⁷, incluso, en ocasiones el Derecho establece limitaciones o restricciones para el dueño al servirse de la cosa, sea a través de un

¹¹ Padilla Sahagún, Gumesindo, *Derecho romano*, 4a. ed., México, Mc Graw Hill, 2008, p. 93.

¹² Esta clasificación no es clásica, sino obra de los comentaristas. *Ídem*.

¹³ La noción de propiedad es el resultado de una larga evolución, pues como hace notar Max Kaser, en época arcaica no existe si quiera una separación entre propiedad y posesión, en razón de que, propiedad, "no es otra cosa que el mejor derecho a poseer en relación con determinada persona". Kaser, Max, *Derecho romano privado*, trad. de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, REUS, 1968, p. 101.

¹⁴ Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, pp. 497-498.

¹⁵ F.V. 283: *Si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad tempus propietas transferri nequiverit...* (Si diste una propiedad de predios estipendiarios como regalo de modo que regresara a ti después de la muerte de aquel que la aceptó, la donación es nula, porque la propiedad no podría transferirse a tiempo...).

¹⁶ Modestino, libro VII, reglas, D. 41.1.52: *Rem in bonia nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus.* (Se entiende que tenemos una cosa en nuestros bienes cuando poseyéndola tenemos excepción o, perdiéndola acción para recuperarla).

¹⁷ Gai. 1.53; D. 19.1.42.

derecho real concedido a un tercero, o a través de leyes públicas que contienen acciones para que un tercero pueda exigir una prohibición o permisión del dueño en la cosa¹⁸; por último, el *dominium* se caracteriza, porque se aplica sobre bienes identificables, que se pueden individualizar o particularizar de una generalidad, se afirman como propios y por ende, se pueden reivindicar¹⁹.

1.2. Tipos de *dominium*

Durante el Derecho romano, surgieron diversos tipos de *dominium* o propiedad, entre los cuales encontramos, la propiedad peregrina, la provincial, la quiritaria (*dominium ex iure quiritium*) o propiedad civil y, por último, la propiedad bonitaria (*dominium in bonis habere*), también llamada pretoria u honoraria.

La propiedad peregrina, era propia de los habitantes del imperio que no eran ciudadanos, cuya defensa estaba en manos del pretor, mediante acciones ficticias que les eran concedidas, como si fuesen ciudadanos; asimismo, se hablaba de una propiedad provincial para referir a los inmuebles ubicados en las provincias propiedad del erario o del príncipe, cuya defensa quedaba a cargo de la jurisdicción del gobernador de la provincia; por su parte, la propiedad o *dominium ex iure quiritium* resaltaba como la más importante entre los ciudadanos romanos, a la par de esta²⁰, se ubicaba el *dominium in bonis habere*²¹.

¹⁸ Entre las limitaciones legales a la propiedad, podemos enunciar: la expropiación, la prohibición de demoler edificios con el propósito de especular con los materiales, y abandonar los edificios de importancia estética, limitaciones a las manumisiones, enajenación de bienes en litigio, limitaciones al derecho dominical sobre esclavos, limitaciones al marido para vender los fondos dotales, limitaciones para establecer legados o donaciones excesivas, entre otras. Gai. 1.40-47; 4.117a; D. 18.1.52; 23.5; 48.7.6. F.V. 260-316.

¹⁹ Ulpiano, libro XLIV, comentarios a Sabino, D. 34.2.27.2: *Argento omni legato, quod suum esset, sine dubio non debetur id, quod in crédito esset; hoc ideo, quia non videtur suum esse, quod vindicari non possit.* (Legada toda la plata, que fuese suya, sin duda no se debe la que se acreditase; y esto por tal razón, porque no se considera que es suya la que no pueda reivindicar).

²⁰ Gai. 2.7 y 21.

²¹ Gayo es el primero en hablar de un *Duplex dominium* a través de dos discutidos fragmentos de sus instituciones (Gai. 1.54 y 2.40). Gai. 1.54: *Ceterum cum apud ciues Romanos dúplex sit dominium, nam uel in bonis, uel ex iure Quiritium, uel ex utroque iure cuiusquam seruus esse intellegitur, ita demum seruus in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit. Nam qui nudum ius Quiritium in seruo habet, is potestatem habere non intellegitur.* (Finalmente, como entre los ciudadanos romanos el dominio es de dos especies, y nosotros podemos

El *dominium ex iure quiritium*²² (dominio quiritario o dominio civil), era concebido como la principal forma de propiedad, reconocida por el derecho de la ciudad. Los presupuestos para que una persona fuera considerada como “dueño por derecho civil”, eran que: el sujeto (*dominus*) había de ser exclusivamente ciudadano romano, el objeto de apropiación podía ser mueble o inmueble (en este último caso, con tal que se ubicara *in solo itálico*) y, que la adquisición del bien debía realizarse forzosamente por alguno de los modos contemplados por el derecho civil (*mancipatio, addictio o legatum per vindicationem*)²³. A este tipo de propiedad, el Derecho civil concedía como principal medio de defensa la *actio rei vindicatio*.

Sin embargo, debido al aumento del tránsito comercial en Roma, sucedía que las personas al adquirir un bien, fuera mueble o inmueble, no siempre observaban las formalidades que el Derecho civil exigía. De tal suerte que, quien adquiría así, no se hacía propietario y, en consecuencia, quedaba desprotegido para defender el bien mediante la acción reivindicatoria. Esta injusticia fue observada por el pretor, quien en ejercicio de su *iurisdictio*, concedió la protección jurídica a estas personas mediante la *actio publiciana*, de este modo, surge el *dominium in bonis habere*²⁴ (dominio bonitario o pretorio) como oposición al Derecho civil²⁵ y como norma integradora del mismo Derecho romano.

Este tipo de *dominium*, obra del pretor romano, constituía un breve estadio que terminaba al momento que la persona cumplimentaba el tiempo necesario para prescribir la cosa, y convertirse en propietario por Derecho civil²⁶.

tener sobre el esclavo el dominio quiritario o el bonitario, y aún ambos a la vez; diremos que un esclavo se halla constituido en la potestad de su señor si está en sus bienes [*in bonis*], por más que no pertenezca al mismo señor por derecho quiritario. Pues aquel que solo posee un esclavo por derecho quiritario, no lo tiene bajo su potestad [*in potestate*]).

²² “*Quirites* es el antiguo nombre para designar a los ciudadanos romanos, y *ius quiritium* es el Derecho civil, es especial, el relativo a la ciudadanía y a la propiedad civil”, D’Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, 10a. ed., Pamplona, EUNSA, 2004, p. 140.

²³ Cfr. Iglesias, Juan, *Derecho romano*, 15a. ed., Barcelona, Ariel, 2004, p. 159.

²⁴ Se denomina *in bonis habere* porque en las fuentes se emplea a este tipo de propiedad como “tener en los bienes” una cosa, expresión con la que los juristas se refieren a ella, y no como *dominium* (Gayo constituye la excepción). Cfr. Schulz, Fritz, *op. cit.*, p. 327.

²⁵ Cfr. Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, *Derecho privado romano*, trad. Prieto Castro L., Barcelona, Labor S.A., 1965, p. 177.

²⁶ “Con la promulgación de la constitución Antoniniana, del 212 d. c., que concedió la ciudadanía a todos los habitantes libres del imperio y los organizó sobre una base territorial, desaparece la condición jurídica de los *peregrini* y con ella la de la llamada propiedad peregrina, al tiempo que la distinción entre fundos itálicos y fundos provinciales comienza a declinar, para perder completamente

1.3. Defensa del *dominium*

La defensa ordinaria del *dominium* en el Derecho romano clásico, tiene una relación estrecha según el tipo de *dominium* de que se trate, según se ha expuesto. Así, el *dominium* reconocido por el Derecho civil (*ex iure quiritium*) se defiende con la acción reivindicatoria; en contrario, el *dominium in bonis habere* o propiedad bonitaria, se defiende con la *actio publiciana*. Entre ellas la *actio reivindicatio* aparece como la más importante, por ende, comenzamos con su explicación.

1.3.1 La *actio rei vindicatio*

1.3.1.1. Concepto

La *actio rei vindicatio* nació con la ley de las XII tablas, en la época arcaica del Derecho romano (450 a.c.), en específico, en el procedimiento de la *legis actio per sacramentum in rem*, donde las partes se disputaban como de su pertenencia la propiedad de un bien en litigio en forma de afirmación y replica solemne, de aquí el

su justificación, a partir del 292 d. c. cuando Diocleciano convierte a Italia en una “provincia” más del imperio y sujeta a sus territorios al pago de un *tributum*, equiparándolos a los fundos situados *in provinciali solo*”. Cfr. Gordillo Montesinos, Roberto Héctor, *Derecho privado romano*, 3a. ed., México, Porrúa, 2017, pp. 445 y 446. Por otra parte, La distinción entre *dominium ex iure quiritium* e *in bonis habere* termina en la época posclásica. C.7.25.1: *Imp. Iustinianus A iuliano P P. Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expelentes, nullam esse differentiam patimur inter dominus, apud quos vel nudum ex iure quiritium, vel tantummodo in bonis reperitur quia nec huiusmodi volumus esse distinctionem, nec ex iure quiritium nomen, quod nihil ab aenigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi iuvenum, qui ad primam legem veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum anabulis inutilis legis antiquae dispositiones accipiunt. Sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sive aliorum rerum ad se pertinentum.* (El emperador Justiniano, Augusto, a Julián prefecto pretorio. Repeliendo por esta decisión el ludibrio de una antigua sutileza, no consentimos que haya diferencia alguna entre los dueños, en quienes una cosa se halla o nuda, por derecho de los quirites, o solamente en sus bienes, porque no queremos que exista semejante distinción ni la frase “por derecho de los quirites”, que en nada se diferencia de un enigma, ni nunca se ve ni aparece en las cosas, sino que es frase vacía y superflua y perturbada por ella la inteligencia de los jóvenes, que asisten a las primeras lecciones de leyes, aprenden en sus primeros comienzos inútiles disposiciones de la ley antigua. Más sea cada cual legítimo y plenísimo dueño, ya sea del esclavo, ya sea de los demás bienes que a él le pertenezcan).

nombre de la acción, que proviene de *rei*, genitivo de *res* (cosa) y del sustantivo *vindicatio* (reclamación, defensa), esto es, defensa de la cosa.

Siendo así, podemos definir a la acción reivindicatoria²⁷ como aquel mecanismo de defensa procesal que competía al *dominus* quiritario²⁸ de una cosa identificable (*res Mancipi*) y que ejercitaba contra un tercero (*possessor non dominus*), con la finalidad primordial de que le fuera restituida por este con sus frutos y accesiones, pero, si ello no era posible, le permitía conseguir a través de la sentencia, una cantidad de dinero en tanto y cuanto valía la cosa a juicio del propio *dominus*. Era en suma, la acción reivindicatoria, una acción civil, real, perpetua y privada²⁹.

A pesar de que esta acción se ejercitaba contra un tercero que retenía sin derecho la cosa, era eminentemente una *actio in rem*³⁰, porque no se fundamentaba en un derecho ejercitable contra el tercero, sino en el *dominium* sobre la cosa, lo que le permitía recobrarla de quien la detentara³¹.

A través de esta acción, se podían reclamar cosas muebles o inmuebles identificables, partes *pro indiviso* de una cosa en común (*vindicatio pro parte*)³², así como una pluralidad de cosas que se conciben como una sola (*corpus ex distantibus*)³³. En cambio, no se podían reclamar las cosas que estaban fuera del comercio, como las cosas del Derecho divino (religiosas, sagradas y santas) y las públicas (pertenecientes al pueblo romano), cosas que accedían a otras, cosas genéricas y, excepcionalmente, algunos objetos que se componían de varias cosas, como los peculios³⁴.

²⁷ D. 6.1; C. 3.32.

²⁸ El pasaje de Digesto 6.1.23 está interpolado, pues Paulo menciona que esta acción compete a quien adquirió el dominio civil según el derecho civil o el derecho de gentes, lo que es impensable en la época clásica, donde solo el *dominus ex iure quiritium* tiene acceso a ella.

²⁹ D. 6.1.1.1; Inst. 4.6.1-3

³⁰ Inst. 4.6.15 y 17.

³¹ Esta característica reipersecutoria de la acción, marca la diferencia determinante en Roma (y a la postre en el mundo jurídico) entre derechos reales y personales.

³² D. 6.1.3.2; h.t. 5 y 5.1.

³³ D. 6.1.1.3; h.t. 2 y 3.

³⁴ D. 6.1.5.5; h.t. 6; h.t. 23.1-5; h.t. 56.

1.3.1.2. Fórmula de la *actio*

La fórmula de la acción reivindicatoria que se ejercitaba en época clásica, no se nos ha transmitido en las fuentes jurídicas directas del Derecho romano³⁵, sin embargo, hay unanimidad en la doctrina respecto a la reconstrucción de la fórmula, hecha por Otto Lenel³⁶. Su estructura es la siguiente:

| | |
|---|--|
| <i>Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium Auli Ageri, ex iure quiritium auli ageri ese, neque is fundus Capenatem restituetur arbitrio iudicis, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnna, si no paret absolvito.</i> | Si resulta que el fundo Capenate sobre el que se litiga, es de Aulo Agerio según el derecho de los Quirites, a no ser que le sea restituído según el arbitrio del juez, tú, juez, condena a Numerio Negidio a dar a Aulo Agerio cuanto valdrá el fundo Capenate, sino resulta ser así, absuélvelo. |
|---|--|

Como puede notarse, la *intentio* de la fórmula de la acción reivindicatoria que el pretor elabora y que dirige al juez, exige comprobar si el fundo Capenate, pertenece a Aulo Agerio, quien se ostenta como propietario quiritario, es decir, dueño por derecho civil, asimismo, la fórmula se dirige a condenar al demandado Numerio Negidio, en todo aquello que valga la cosa al momento de la sentencia, cantidad que estimaría el propio actor mediante un *iusiurandum in litem*, sin embargo, la *condemnatio* de la fórmula contiene una cláusula arbitraria, que permite al demandado restituir, según el arbitrio del juez, el fundo Capenate que se le reclama, antes del dictado de la sentencia y de esta forma, salir absuelto.

³⁵ Es Cicerón quien menciona la fórmula en *in Verrem II* 2,31, no obstante, como observa D'Ors, no parece claro, pues las fórmulas no eran lo más general en la época del gobierno Siliciano de Verres. Cfr. D'Ors, Álvaro, *op. cit.*, pp. 162 y 216.

³⁶ Cfr. Betancourt, Fernando, *Derecho romano clásico*, 4a. ed., Sevilla, Universidad de Sevilla, 2012, p. 289. En el mismo sentido, Adame Goddard, Jorge, *Cuatrocientos casos y respuestas de los juristas romanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 254; D'Ors, Álvaro, *op. cit.*, p. 216; Giménez-Candela, Teresa, *op. cit.*, pp. 187 y 188; Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 516; Jörs, Paul y Kunkel Wolfgang, *op. cit.*, p. 198.

1.3.1.3. Legitimación activa y pasiva

La persona activamente legitimada para el ejercicio de la acción reivindicatoria era el propietario no poseedor³⁷, mientras que el legitimado pasivamente era la persona que se encontraba en posesión de la cosa, para ello, el actor debía precisar la posesión del demandado mediante una interrogación que formulaba ante el pretor. Sobre este punto, existió la controversia entre sabinianos y proculeyanos respecto a en qué momento se consideraba que debía poseer el demandado. Los primeros sostenían que debía poseer al momento de la *litis contestatio*, opinión que prevaleció³⁸, por su parte, los proculeyanos afirmaban que debía poseer al momento de la sentencia³⁹. Asimismo, Pomponio afirma que un copropietario no resulta legitimado activamente contra otro copropietario en el ejercicio de la acción⁴⁰.

Por el contrario, no se encontraban legitimados pasivamente: el simple detentador, sea que lo fuera de un tercero o del propietario, en este último caso, el propietario debía ejercer la acción personal que tuviera contra él y no la reivindicatoria; el *fictus possessor* (quien finge poseer para que otro pueda usucapir) y por último, el *qui dolo dessit possidere* (quien dejó dolosamente de poseer), para esto, el pretor concedía contra el primero, como medida preventiva, la *cautio iudicatum solvi*, para que en caso de falsedad pudiera exigirse su responsabilidad mediante una acción personal (*actio ex stipulatu*), en cuanto al segundo, concedía el *interdictum quem fundum* si reclamaba un inmueble o bien, la *actio ad exhibendum* si era mueble, en ambos casos, el actor obtenía el valor que él mismo estimaba de la

³⁷ En las Instituciones de Justiniano 4.6.2, se menciona la posibilidad de que el poseedor propietario puede demandar, pero no menciona en qué caso: *...quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est; nam in his agit qui non possidet, ie vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget, rem actoris esse. Sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.* (...cuyo género de acción no se ha dado en las controversias de cosas corporales; porque en ellas demanda el que no posee; y al que posee no se ha dado acción por la cual niegue que la cosa pertenece al actor. Verdaderamente, en un solo caso desempeña, sin embargo, el que posee el papel de actor, según se verá más oportunamente en los más extensos libros del Digesto).

³⁸ Cfr. Giménez-Candela, Teresa, *op. cit.*, p. 186.

³⁹ Así lo estimaban los proculeyanos, porque pensaban que al haber desaparecido la obligación de presentar la cosa *in iure*, tal como sucedía en el procedimiento *per sacramentum*, no se requería que el demandado poseyera en ese momento. Cfr. D'Ors, Álvaro, *op. cit.*, p. 216. D. 6.27.1; 5.3.18.1; 10.4.7.4; 15.1.30 pr.

⁴⁰ D. 6.1.8.

cosa. Si el demandado no defendía su dicho, se decretaba una *missio in bona*, que constituía una especie de embargo, aunque el actor no demostrará su propiedad⁴¹.

En la etapa clásica tardía, Ulpiano sienta el principio de que debe permitirse demandar a toda persona que pueda restituir la cosa, dejando al juez la obligación de investigar si a quien se demanda efectivamente resulta ser poseedor de la cosa, es decir, el argumento de Ulpiano es que mientras el actor pruebe ser el dueño, el demandado debe restituir siempre que no alegue justa propiedad, no importa con que calidad posea⁴², en suma, “la legitimidad es algo que debe examinarse a posteriori”⁴³.

1.3.1.4. Elementos que debían acreditarse

En el ejercicio de esta acción, el actor debía, en primer lugar, expresar la identificabilidad de la cosa que reclamaba, lo que suponía mencionar las características particulares de la cosa, es decir, su nombre⁴⁴, peso, medida, ubicación, si reclamaba toda la cosa o parte de ella⁴⁵, etc., En segundo lugar, debía probar (*onus probandi*) al inicio del procedimiento (*editio actionis*)⁴⁶ o aún en el momento mismo de la *litis contestatio*⁴⁷, que era el propietario quirritario de la cosa, lo

⁴¹ D. 6.1.80. En época posclásica se permite que el detentador esté legitimado pasivamente, según se indica en D. 6.1.9, posteriormente, es Justiniano quien extiende la legitimidad pasiva tanto al *fictus possessor* como al *qui dolo dessit possidere*. D. 6.1.25 y 27.3.

⁴² Como señala Adame Goddard, “esta necesidad de que el demandado sea el poseedor hizo que antes del ejercicio de esta acción se reclamara con el interdicto posesorio correspondiente, de modo que el que vencía en el interdicto quedaba como poseedor y sería el demandado en la acción reivindicatoria”. Adame Goddard, Jorge, “Curso de derecho...”, *cit.*, p. 80.

⁴³ Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, pp. 516 y 517. D. 6.1.9.

⁴⁴ Ulpiano, libro XVI, comentarios al edicto, D. 6.1.5.4: *Quum in rem agatur, si de corpore conveniat, error autem sit in vocabulo, recte actum esse videtur*. (Cuando se ejercite una acción real, si se conviniera sobre la identidad de la cosa, pero hubiera error en el nombre, se entiende que se ha demandado bien).

⁴⁵ D. 6.1.6.

⁴⁶ En efecto, al iniciar el procedimiento el actor tenía la obligación de informar extraoficialmente al adversario sobre la pretensión y la exhibición de los documentos (*instrumenta*) con los cuales probaría sus alegaciones ante el juez, en la etapa *apud audicem*. D. 2.13.1 pr. y 3; Cfr. Padilla Sahagún, Gumesindo, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁷ Aclara Eugene Petit que “poco importa que después dejara de serlo; no triunfara menos, porque es en ese momento al que debe trasladarse el juez para saber si la *intentio* de la fórmula estaba ya verificada”. Petit, Eugene, *Derecho romano*, 22a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 655.

que significa demostrar el modo de adquisición civil por el que obtuvo la cosa, aún más, debía demostrar que quien le transmitió el dominio, también había sido justo propietario.

Ante estos inconvenientes, los propietarios preferían argumentar que habían adquirido la cosa por usucapio⁴⁸, lo que se tornaba más fácil pues evitaba probar su justo dominio y el de sus antecesores (*probatio diabólica*⁴⁹).

Por su parte, el demandado no estaba obligado a demostrar nada, ni que era el propietario, ni que el actor no lo era⁵⁰, incluso podía asumir una actitud pasiva, esperando que el actor no demostrara su dicho y de esta forma prevalecer, salvo que decidiera alegar justo dominio, se vería obligado a demostrarlo.

1.3.1.5. La condena de la sentencia

Si a juicio del juez, el actor demostraba su derecho, aquel emitía su *pronuntiatio*, en la que atendiendo a la cláusula arbitraria que contenía la fórmula, le hacía saber al demandado su resolución provisional, ofreciéndole la posibilidad de restituir la cosa al propietario para que fuera absuelto en la sentencia definitiva.

Sin embargo, como en el Derecho romano clásico toda condena era estimada en dinero, no se le podía condenar al demandado a restituir el objeto⁵¹, es por esto que si el demandado se negaba a restituir, conservaba la cosa en propiedad bonitaria⁵² y entonces era condenado a pagar la cosa en el precio que el propio actor

⁴⁸ César Rascón hace notar que por ello, los propietarios preferían ejercer la acción publiciana en lugar de la reivindicatoria, en tanto que buscaban demostrar un mejor derecho para poseer y no la declaración de propiedad. Cfr. Rascón García, César, *Manual de derecho romano*, 3a. ed., Madrid, 2000, p. 202, en el mismo sentido, Gordillo Montesinos, Roberto Héctor, *op. cit.*, p. 483.

⁴⁹ Término acuñado por los juristas medievales, que denotaba los juicios del alma, donde el diablo que intentaba reivindicar un alma para el infierno, terminaba perdiendo, por defecto de prueba ante el ángel. Cfr. D'Ors, Álvaro, *op. cit.*, p. 215.

⁵⁰ D. 6.1.73; Ulpiano, libro LXX, comentarios al edicto, 50.17.156 pr.: *Invitus nemo rem cogitur defendere*. (Nadie es obligado a defender contra su voluntad una cosa).

⁵¹ Gai. 4.114 y 163; Inst. 4.6.31. El origen de la cláusula arbitraria se debió al inconveniente para el demandante de recibir, a través de la condena, una suma de dinero, quien con frecuencia no deseaba el pago de la cosa, sino su restitución. Cfr. Padilla Sahagún Gumesindo, *op. cit.*, p. 127.

⁵² Paulo, libro X, comentarios a Sabino, D.6.1.46: *Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet; transegisse enim cum eo et decidisse video reo pretio, quod ipse constituit*. (El dominio de la cosa que, pedida por

estimaba (*iusiurandum in litem*), lo que incluía el valor subjetivo. En contraposición, si el demandado restituía⁵³, resultaba absuelto, para ello, debía restituir según el arbitrio del juez⁵⁴, lo que implica devolver la cosa con sus frutos y acciones⁵⁵, según se tratara de la buena o mala fe del poseedor.

Si el poseedor era de buena fe, retenía los frutos percibidos antes de la *litis contestatio* pero debía restituir los posteriores a esta, podía exigir el reembolso de los gastos necesarios⁵⁶ y útiles⁵⁷ erogados en la cosa antes de la *litis contestatio*, así como los gastos hechos después de esta, cuando fueran utilizados para la producción de frutos y, de igual forma, podía retirar los bienes accesorios⁵⁸ agregados a la cosa, siempre que no sufriera detrimento. En cambio, si el poseedor es de mala fe, restituye todos los frutos percibidos antes y después de la *litis contestatio*⁵⁹, debe indemnizar todo daño causado a la cosa y no puede exigir el reembolso de los gastos hechos en ella⁶⁰.

Por otra parte, había ocasiones en las que la restitución se hacía imposible por varias causas, por ejemplo: cuando el poseedor vendía por necesidad la cosa que se le reclamaba, cuando la cosa se destruía o escapaba (animales y esclavos) por dolo o culpa del poseedor, o bien, cuando la cosa se perdía sin su dolo. En el primer caso,

acción real, ha sido estimada en tanto cuanto el actor hubiere jurado para el pleito, pertenece desde luego al poseedor; porque parece que transigí con él y que convine en el precio, que él mismo estableció).

⁵³ La restitución era lo que normalmente sucedía. Cfr. Betancourt, Eduardo, *op. cit.*, p. 290.

⁵⁴ Paulo, libro XVII, comentarios el edicto, D. 50.16.35: *Restituere autem is intelligitur, qui simul et causam actori reddit, qua mis habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ie reddita fuisset, id est et usucapionis causam, et fructuum.* (Pero se entiende que restituye el que al mismo tiempo devuelve al actor la causa que esta habría de haber tenido, si inmediatamente le hubiese sido devuelta la cosa al tiempo de haber sido aceptado el juicio, esto es, la causa así de la usucapión, como de los frutos).

⁵⁵ D. 6.1.20; h.t. 27.5; h.t 48, h.t 49.1 y 64. Esto se reclamaba en un juicio aparte. Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 519.

⁵⁶ Paulo, libro VI, comentarios a Plaucio, D. 50.16.79 pr.: *“Impensae necessariae” sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit.* (Son “impensas necesarias” aquellos gastos sin los cuales la cosa se perdería o deterioraría).

⁵⁷ Ulpiano, libro XXXVI, comentarios a Sabino, D. 25.1.5.3: *Utiles autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit, hoc est dote.* (Mas son útiles los gastos que el marido hizo útilmente, y que hubieren mejorado los bienes de la mujer, esto es, la dote).

⁵⁸ Paulo, libro VI, comentarios a Plaucio, D. 50.16.79.2: *“Voluptariae” sunt, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent: ut sint viridia et aquae salientes, incrustationes, loricaciones, picturae.* (Son “voluntarias” <impensas> las que sólo sirven para adorno pero no aumentan el fruto, como son los jardines y surtidores, los estucados, los revoques, las pinturas).

⁵⁹ C. 3.32.22.

⁶⁰ Justiniano modificó este régimen tal cual se enuncia en D. 6.1.33 y 62.1.

el demandado era condenado tan solo a entregar el precio recibido, en el segundo, era condenado por entero y, finalmente, en el último caso era absuelto⁶¹.

1.3.1.6. El Procedimiento para su ejercicio

La acción reivindicatoria se ventilaba por lo general, mediante el procedimiento ordinario y común de la época clásica, el procedimiento *agere per formulas*⁶², el cual se desenvolvía de la siguiente forma:

A. Etapa preliminar (procedimiento interdictal).

1. Previo al ejercicio de la acción reivindicatoria, existía como antecedente lógico, una pérdida de posesión y una disputa de propiedad entre dos personas, por tanto, se requería el ejercicio del interdicto posesorio en el que necesariamente, una parte triunfaría y que a la postre, asumiría el papel de demandado en el juicio reivindicatorio⁶³, mientras que a la otra, le correspondía probar su derecho de propiedad como actor.

B. Fase *in iure* (ante el Pretor).

1. El actor, vencido en el juicio interdictal, realizaba la *editio actionis*, o sea, informaba extraoficialmente al demandado sobre su pretensión y exhibía los

⁶¹ D. 6.1.15.1; h.t. 17; h.t. 22; h.t. 27.1; h.t. 36.1.

⁶² Una segunda forma de tramitar la acción reivindicatoria, era mediante el procedimiento *per sponsionem*, de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, de la época arcaica y que subsiste durante la primera centuria de la época clásica. Este procedimiento tenía una rigurosa solemnidad y estricto formalismo en las fórmulas verbales que debían pronunciarse en el procedimiento, ocasionando gran dificultad para adaptarlas a los casos específicos que se presentaban. Tiempo después, a través de la *lex Aebutia* del año 130 a.c. aproximadamente, se le dio el carácter de legítimo a un nuevo tipo de fórmula escrita que elaboraban las partes junto con el pretor atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular. Fue a partir de la *lex Iulia iudiciorum privatorum* del año 17 a.c. que se decretó la abolición de las *legis actionis* y se estableció como legítimo al nuevo procedimiento formulario característico de la época clásica. Cfr. Gordillo Montesinos, Héctor Roberto, *op. cit.*, pp. 172 y 173.

⁶³ D. 6.1.24.

documentos con los que probaría sus alegaciones, conducía al demandado ante el álbum pretorio para mostrarle la fórmula que habría de pedir⁶⁴.

2. Acto continuo, el actor hacía la *in ius vocatio*⁶⁵, que era el llamamiento oficial para que se presentara ante el pretor, por su parte, el demandado debía garantizar su presencia mediante una estipulación llamada *vadimonium*⁶⁶.
3. Estando ante el pretor, el actor podía cuestionar al demandado acerca de si era poseedor de la cosa que se reclamaba y por qué causa, con el fin de asegurar su reclamación⁶⁷. De forma particular, en esta etapa, el actor realizaba de nueva cuenta su *editio actionis* y solicitaba al magistrado que le concediera la acción procedente (*postulatio actionis*).
4. Después, el pretor realizaba su *causae cognitio*, que era el examen de la cuestión (competencia, legitimación, si la acción tenía *oportere* en el *ius civile* o en el *edictum* del pretor, litisconsorcio, representación, etc.). Esta etapa concluía con la decisión del pretor sobre la *datio actionis* o *denegatio actionis*.
5. Una vez analizado lo anterior, el pretor invitaba a las partes a llegar a un acuerdo sobre la controversia, que podía ser mediante *transactio*⁶⁸ (pacto), *confessio in iure*⁶⁹ (allanamiento) o *iusiurandum*⁷⁰ (juramento).
6. Si no llegaban a una solución amigable, el pretor hacía prometer al demandado que defendería el litigio, no obraría con dolo y que en su caso, pagaría la condena (*cautio iudicatum solvi*)⁷¹. Si el demandado no otorgaba la

⁶⁴ D. 2.13.1 pr, y 1. Si el actor no hacía la *editio actionis* incurría en sanciones pecuniarias, además, le acarrearba la ineficacia de posteriores citaciones. Cfr. Samper Polo, Francisco, *op. cit.* p. 89.

⁶⁵ D. 2.4.1.

⁶⁶ Otto Lenel, reconstruye la fórmula del *vadimonium sisti*: *Quod ego a te illam rem peto ob eam rem te illo loco sisti, et nisi steteris sestertium quin-quaginta millia dare spondesne? Spondeo.* (¿Puesto que te reivindico una cosa, prometes comparecer por esta causa en tal día y lugar, y si no lo haces darme cincuenta mil sestercios? Prometo). Cfr. Betancourt, Fernando, *op. cit.*, p. 220.

⁶⁷ Gayo, libro VII, comentarios el edicto provincial, D.6.1.36: *Qui petitorio iudicio utitur, no frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit, vel dolo desiit possidere.* (El que ejercita la acción petitoria, para no demandar inútilmente, debe inquirir si aquel contra quien dirige la acción es poseedor, o con dolo dejó de poseer).

⁶⁸ D. 38.17.1.12.

⁶⁹ D. 42.2.

⁷⁰ D. 12.2.2; 44.5.1.

⁷¹ D. 46.7.6. Al respecto, Otto Lenel nos proporciona la fórmula: *Qua de re ego tecum acturus sum quantam pecuniam ob eam rem iudicatus erit, tantam pecuniam dari eamque rem boni viri arbitratu defendi, quod si ita non defendetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse spondesne? Spondeo.* (Sobre el asunto por el que demando, ¿me prometes pagar la eventual condena, defenderte según el arbitrio de un hombre recto, que no hay ni habrá dolo

garantía o se escondía para ser citado, se le tenía por *indefensus* y el pretor ordenaba la *missio in bona*, que es un embargo preventivo⁷², en consecuencia, el actor se convertía en poseedor. También, si el demandado no se mostraba parte, al no defender la cosa o al negar su necesaria cooperación para que se entablara el juicio, el pretor entregaba la cosa al actor valiéndose de la *actio ad exhibendum*, si se trataba de cosas muebles, también concedía el *interdictum quem fundum*⁷³ si la cosa era inmueble, y ante la negativa del demandado de entregar la cosa, era condenado a pagar una suma de dinero que el propio actor estimaba, esto sin que el juez tuviera que entrar al examen del juicio.

7. Luego, se procedía al nombramiento del *iudex* o *arbitri*, que eran particulares elegidos por las partes, de no existir acuerdo, el magistrado lo nombraba dentro de los que aparecían en la lista oficial (*album iudicum*).
8. Por último, tenía lugar la *litis contestatio* (atestiguamiento del litigio) momento en el que se elaboraba la fórmula de la acción en unas tablillas y se enviaban al juez para la resolución de la controversia.

C. Fase *Apud iudicem* (ante el Juez).

1. El juez, recibía la fórmula y juraba conducirse conforme a Derecho. En esta etapa intervenían los abogados para pronunciar sus discursos, con la finalidad de exponer los argumentos que les aseguraran una sentencia favorable, en seguida, se ofrecían, admitían y desahogaban las pruebas que ofrecían las partes.⁷⁴
2. Antes de emitir su *iudicatum* (sentencia) de forma verbal, en los juicios donde se ventilaban acciones *in rem*, el juez enunciaba su *pronuntiatio* en la que advertía al demandado sobre el sentido en el que decidiría la cuestión, esto con el fin de que restituyera la cosa que le era reclamada, so pena de que

malo y, en caso contrario, darme tanto como valdrá el asunto? Prometo). Cfr. Betancourt, Fernando, *op. cit.*, p. 226.

⁷² D. 50.17.52.

⁷³ D. 6.1.80; 10.4.2; 50.16.246.1.

⁷⁴ La costumbre dictaba que al actor incumbía demostrar sus afirmaciones. D. 22.3.2.

fuera condenado en la sentencia⁷⁵ a pagar el valor de la misma; si restituía, salía absuelto en la sentencia y el juicio terminaba.

D. Fase de ejecución de la sentencia

1. Si el demandado decidía no restituir, era condenado a pagar el valor de la cosa que estimaba el propio actor, para ello, tenía un plazo de 30 días para cumplir la condena⁷⁶, en caso de omisión, el vencedor ejercitaba la *actio iudicati*⁷⁷ para ejecutarse en la persona o patrimonio del deudor⁷⁸.
2. Ante la negativa de pago en plazo establecido, el pretor emitía la *missio in bona* por la que los acreedores entraban en posesión de los bienes del deudor. Después nombraban un *curator bonorum*⁷⁹, que se encargaba de la administración de los bienes mientras eran vendidos.
3. Por último, los acreedores nombraban un *magister bonorum*⁸⁰ quien vendía los bienes al mejor postor, mediante pública subasta y repartía el dinero de la venta entre los acreedores que tuviera el deudor.

De lo antes expuesto puede notarse que, a pesar de que el procedimiento *per formulas* de la época clásica, tenía dos fases procesales, a las cuales podían sumarse otras dos fases eventuales (fase preliminar o interdictal y fase de ejecución), resulta que estas eran sumarias, dado el carácter oral de los actos procesales y la concentración de los mismos en cada etapa. Con esto resulta lógico pensar que un problema sobre propiedad se resolviera con prontitud, sobre todo, por el carácter coercitivo y atemorizante del procedimiento.

⁷⁵ La sentencia es inapelable en principio, según se indica en D. 38.2.12.3. Siendo el juez un particular no se podía poner la causa a otro para que revisara la sentencia, pues no tenían relación jerárquica. Cfr. D'Ors, Álvaro, *op. cit.*, p. 170.

⁷⁶ Plazo establecido desde la ley de las XII Tablas, (Tab. 3.1).

⁷⁷ Esta acción, no la ejercita en nuevo juicio, sino que una vez ante el pretor en la fase *in iure*, el demandado reconoce el *iudicatum* y quedaba sujeto a la ejecución patrimonial. Cfr. Betancourt, Fernando, *op. cit.*, p. 235.

⁷⁸ A partir de la *Lex Poetelia Papiria* (326 a.c.), la ejecución en la persona del deudor se substituye por la ejecución de su patrimonio, en época clásica la ejecución personal es poco frecuente. Cfr. D'Ors, Álvaro, *op. cit.*, p. 172.

⁷⁹ D. 42.7.2 pr.

⁸⁰ Gai. 3.79.

1.3.2 La *actio publiciana*

1.3.2.1 Concepto

La acción publiciana y por añadidura, el *dominium in bonis habere*, surgieron como consecuencia de la rigidez y solemnidad del Derecho civil⁸¹, donde la propiedad y los mecanismos de defensa estaban reservados a los ciudadanos romanos que adquirirían una *res Mancipi* según los modos que el mismo Derecho establecía, principio que se encontraba distinto al tránsito comercial de la época clásica, donde era frecuente que las personas que intervenían en una negociación comercial omitieran celebrar los actos solemnes de adquisición de la propiedad y, por ende, la persona que adquiriría no se hacía propietaria, sino mera poseedora, aunado a esto, sucedía que las personas que adquirirían así, a su vez transmitían la cosa a otras personas, las cuales no podían convertirse en propietarios por haber recibido la cosa de quien no era formalmente *dominus*.

De esta forma, cuando estas personas perdían la posesión del bien identificable que habían obtenido, quedaban desprotegidas, en tanto la acción reivindicatoria era concedida al *dominus ex iure quiritium*. Ante estas injusticias, en el año 67 a.c. el pretor Quinto Publicio creó una acción (que en día lleva su nombre), la *actio publiciana*⁸², en la cual, se finge que el actor ha completado el plazo exigido por el Derecho civil para usucapir la cosa que reclama y entonces, se considera que peticiona como propietario quirritario, así el poseedor “se ve asistido prácticamente de

⁸¹ Cfr. Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas*, 4a. ed., México, Porrúa, 1989, pp.182-185.

⁸² Inst. 4.6.4: *...sed quia sanc durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a preatore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, cam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse, quae actio publiciana appellatur, quoniam primum a publicio praetore in edicto proposita est.* (...pero como en realidad era duro, que en este caso faltase acción, se inventó por el pretor una acción, por la cual dice el que perdió la posesión, que había usucapido la cosa y de este modo sostiene que es suya; cuya acción se llama publiciana, porque fue introducida por primera vez en el edicto por el pretor Publicio). Nótese que el pretor no hace propietario por Derecho civil al adquirente de buena fe, pues la calidad de propietario solo puede darla el Derecho civil, lo que en realidad hace el pretor, es proteger una posesión de hecho.

una acción reivindicatoria, aún antes de ser verdadero propietario⁸³, en suma, la acción publiciana nace como una *actio honoraria ficticiae*⁸⁴ *in rem*.

Por ende, podemos concebir a la *actio publiciana*, como aquel mecanismo de defensa procesal concedido al poseedor *ad usucapionem*, que ha adquirido de buena fe un bien identificable (*res mancipi*) por simple entrega (*traditio*)⁸⁵, donde se finge que ha usucapido la cosa y que la reclama como dueño a cualquier otro que no sea el verdadero dueño quiritario, con la finalidad de prevalecer en la posesión y conseguir los mismos efectos de la acción reivindicatoria. En suma, hablamos de una acción honoraria, ficticia, real, privada y temporal, ya que se concede solo en el lapso de tiempo en el que el propietario bonitario completa la usucapio, para convertirse en propietario quiritario, caso en el cual, se le concedería la acción reivindicatoria⁸⁶.

1.3.2.2 Fórmula de la *actio*

La fórmula de la acción nos la ha transmitido Gayo (Gai. 4.36) de forma parcial. Su estructura es la siguiente:

| | |
|--|--|
| <i>Si quem hominem Aulus Agerius</i> | Si Aulo Agerio compró de buena fe |
| <i>bona fide emit et is traditus est,</i> | el esclavo y este le fue entregado ⁸⁷ |
| <i>anno possedisset, tum si eum</i> | y lo hubiera poseído durante un año |
| <i>hominem, de quo agitur, ex iure</i> | y, en este supuesto, el esclavo |
| <i>Quiritium eius esse oporteret nisi is</i> | sobre el que se litiga, hubiera sido |
| <i>homo arbitrato tuo Aulo Agerio</i> | suyo en propiedad civil, a no ser |
| <i>restituatur quanti ea res erit tantam</i> | que Numerio Negidio restituya a |
| <i>pecuniam Numerium Negidium Aulo</i> | Aulo Agerio según el arbitrio del |

⁸³ Shom, Rudolph, *Instituciones de derecho privado romano, historia y sistemas*, México, TSJDF e INCAM A.C., 2006, p. 178.

⁸⁴ Son ficticias las acciones en las que se manda al juez que dé por existe un hecho inexistente o viceversa, con el fin de conseguir un resultado justo. *Cfr.* D'Ors, Álvaro, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁵ Las personas que adquirirían por causa distinta a la *traditio* les era concedida la acción publiciana con carácter útil.

⁸⁶ D. 6.2; Inst. 4.6.4.

⁸⁷ Como puede observarse, la fórmula no hace mención de la buena fe, sin embargo, a través de un fragmento de Ulpiano en D. 6.2.7.11-17 se da por presupuesto en la *traditio*.

Agerio condemna, si non paret juez, tú, juez, condena a Numerio *absolvito*. Negidio a dar a Aulo Agerio cuanto valdrá el esclavo, sino resulta ser así absuélvele⁸⁸.

De lo anterior se infiere, que la fórmula de la acción publiciana, se caracteriza por incluir la ficción de que el actor Aulo Agerio, ha completado el tiempo suficiente para usucapir al esclavo, como consecuencia, el pretor ordena al juez verificar si dando por cierto el tiempo, se reúnen los demás requisitos de la usucapio que permitan afirmar que el actor reclama al esclavo como si fuera propietario quirritario, de ser así, la fórmula establece una condena similar a la acción reivindicatoria, en la que se incorpora también, la cláusula arbitraria.

1.3.2.3 Legitimación activa y pasiva

En un principio, para el ejercicio de la acción publiciana, se encontraba legitimado activamente el comprador que adquiriría de buena fe una *res Mancipi* que le había sido entregada (*traditio*), no obstante, muy pronto se extendió el ejercicio de la acción a cualquier supuesto que sirviera como *iusta causa* de la *traditio*, tales como: solución⁸⁹, donación, abandono noxal⁹⁰, dote, crédito, bienes que fueron objeto de adjudicación o *litis aestimatio*⁹¹, permuta⁹², *bonorum possessio cum re, missio in possessionem ex secundo decreto*, fundos adjudicados en juicios divisorios *quae imperio continentur*, restitución de fideicomiso *ex trebelliano*⁹³ y por último, ante la falta de prestación en la *cautio damni infecti*. En una palabra, la legitimación activa se

⁸⁸ Las referencias del esclavo (*homo*), compraventa (*emere*) y a la posesión de un año (*anno possedisset*) son a título ejemplar, por tanto, debía atenderse al caso concreto y sustituirlas por la cosa litigiosa de que se tratara. Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 563.

⁸⁹ D. 6.2.4.

⁹⁰ D. 6.2.5.

⁹¹ D. 6.1.2.7 y 7.1.

⁹² D. 6.2.7.5.

⁹³ D. 6.2.12.1.

daba a quien perdía la posesión de una *res Mancipi* que le había sido entregada de buena fe.

Por su parte, la legitimación pasiva se da de forma análoga a la acción reivindicatoria, contra el poseedor que prevalece en el trámite previo de los interdictos posesorios o bien, contra quien afirma la posesión al ser interrogado ante el pretor. Ahora bien, quien no se encuentra legitimado pasivamente es el verdadero propietario quiritalio de la cosa que se reclama, sin embargo, esta regla general contiene una excepción, lo cual puede explicarse observando lo siguiente:

- 1) Cuando el demandante ex poseedor (propietario bonitalio) recibía la cosa de alguien que no era el propietario quiritalio y por alguna causa, esta volvía al verdadero propietario, entonces, la legitimación pasiva contra este no surtía efecto, en tanto que la excepción *iusti domini* (justo dueño) prevalecería ante la acción publiciana del primero⁹⁴, este supuesto indica la regla general.
- 2) Cuando el verdadero propietario quiritalio transmitió una *res Mancipi* por *traditio* y sin algún modo formal al demandante ex poseedor (propietario bonitalio), de cuya posesión regresó al primero, entonces, la legitimación pasiva era factible y ante la acción publiciana que este ejerciera, el verdadero propietario podría oponer la excepción de *iusti domini* (justo dueño)⁹⁵, empero, el ex poseedor reclamante prevalecería con la réplica *rei venditae et traditae* (cosa vendida y entregada), este supuesto indica la excepción, donde el propietario quiritalio resulta legitimado pasivamente⁹⁶.

⁹⁴ Neracio, libro III, pergaminos, D. 6.2.17: *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur; eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio: "si ea res possessoris non sit", sed ut is, qui bona fide smit, possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.* (La acción publiciana no fue establecida para que de la cosa se despoje al propietario; y es prueba de ello primeramente la equidad, y en segundo lugar la excepción "si la cosa no fuera del poseedor", sino para que tenga preferentemente la cosa el que compró de buena fe y por esta causa obtuvo la posesión de aquella). *Cfr.* Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 562.

⁹⁵ D. 6.2.16.

⁹⁶ Esta posibilidad de que el demandante ex poseedor (propietario bonitalio) lograra prevalecer contra el verdadero propietario quiritalio, es lo que hace posible que se conciba al régimen pretorio del *in bonis habere* (tener en los bienes) como un verdadero *Dominium*.

1.3.2.4 Elementos que debían acreditarse

Al legitimado activamente en el ejercicio de la acción publiciana le correspondía probar los demás requisitos distintos al plazo de la usucapio, ya que este se daba por cumplimentado en la ficción que contenía la fórmula del pretor; tales requisitos eran la usucapibilidad de la cosa⁹⁷, la existencia de una *iusta causa* como antecedente lógico de la *traditio* (entrega), esto es, de la posesión⁹⁸ y la buena fe⁹⁹.

Por lo que hace a la usucapibilidad, implicaba que la cosa no estuviera inhabilitada por el Derecho para ser adquirida por este medio, tales como las *res extra commercium*, en las que se englobaban las cosas por derecho divino y las cosas públicas pertenecientes al pueblo romano, las cosas hurtadas, los muebles e inmuebles adquiridos por violencia, las cosas de los extranjeros, entre otras¹⁰⁰; por su parte, la *iusta causa usucapionis* significaba demostrar el acto o hecho que sirviera como fundamento de adquisición de la cosa (lo que supone la existencia de su entrega al adquiriente) y no el de la simple posesión de ella¹⁰¹, tales actos podían ser por, por ejemplo: por compra, donación o pago; por último, la buena fe implicaba que el actor, aunque fuera propietario bonitario de la cosa, al momento de recibirla ignorara que de haber celebrado un modo formal para convertirse en propietario quirritario, de todas formas, la cosa le hubiera pertenecido a otro, es decir, que su intención de adquirir en realidad no lesionaba el derecho ajeno de un legítimo propietario quirritario¹⁰².

⁹⁷ D. 6.2.9.5.

⁹⁸ Ulpiano, libro XVI, comentarios al edicto, D. 6.2.7.16: *Ut igitur publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit, et ei res emta eo nomine sit tradita. Ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emtor sit, experiri Publiciana non poterit.* (Así, pues, para que competa la acción publiciana, deben concurrir estas circunstancias, que alguien haya comprado de buena fe, y que por tal título le haya sido entregada la cosa comprada. Por lo demás, antes de la tradición, aunque alguien sea comprador de buena fe, no podrá ejercer la acción publiciana).

⁹⁹ La buena fe se verifica al tiempo de la compraventa D. 6.2.7.14.

¹⁰⁰ Gai. 2.45-49; D. 41.3.9.

¹⁰¹ Paulo, libro XLIV, comentarios al edicto, D. 41.4.2.1: *Separata est causa possessionis et usucapionis...* (La causa de la posesión está separada de la usucapición...). Estas causas que eran suficientes para usucapir, fueron llamados “títulos” por los posclásicos. Cfr. Padilla, Sahagún, Gumesindo, *op. cit.* p. 103, n. 56.

¹⁰² Cfr. Padilla Sahagún, Gumesindo, “La buena fe como elemento de integración jurídica en América Latina”, en Adame Goddard, Jorge (Coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 689, y Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.* pp. 660-665.

Por el contrario, el demandado, al igual que en la acción reivindicatoria, estaba absuelto de probar su derecho a poseer.

1.3.2.5 La condena de la sentencia

Al ser la acción publiciana, una acción *in rem* a semejanza de propiedad civil o *dominium ex iure quiritium*, la cual, era concedida al poseedor civil *ad usucapionem*, resulta lógico pensar que la condena que perseguía a través de la sentencia, era análoga a la acción reivindicatoria, por ende, si a juicio del juez el actor probaba su derecho, el demandado debía restituir la cosa, si es que deseaba hacer uso de la cláusula arbitraria y salir absuelto en la sentencia, o bien, salir condenado y pagar la cantidad que a juicio del actor valía la cosa¹⁰³.

1.3.2.6 El procedimiento para su ejercicio

Por lo demás, basta con anunciar que esta acción se tramitaba de la misma forma que la acción *rei vindicatio*, en el procedimiento formulario, para resolver en definitiva, la cuestión de dominio que un propietario bonitario o poseedor civil alegara respecto de un bien determinado.

2. La *possessio*

2.1 Concepto

A diferencia de la propiedad, los juristas romanos concibieron con precisión a la *possessio*, palabra que deriva de un compuesto entre el prefijo *pos* (que a su vez

¹⁰³ Ulpiano, libro XVI, comentarios al edicto, D. 6.2.7.8: *In publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicationem diximus*. (En la acción publiciana tendrá lugar todo lo que hemos dicho también respecto a la reivindicación).

proviene de la raíz *pot*, la cual, lleva inmersa la idea de “poder”) y del verbo *sedere* (sentarse, estar sentado), es decir, asentamiento sobre una cosa o tener el poder fáctico sobre algo¹⁰⁴. El concepto de posesión entraña así, el poder físico que una persona tiene, exclusivamente sobre un bien corporal, no sobre un derecho¹⁰⁵.

En este sentido, cuando hablamos de *possessio* en Derecho romano, nos ubicamos en un ámbito fuera de lo jurídico, en tanto que el Derecho civil no la regula ni la protege, situación que diferencia sustancialmente a la propiedad de la posesión, dado que la primera, se concibe como una situación de derecho, y la segunda, una situación de hecho¹⁰⁶, o lo que es lo mismo, “la propiedad entraña un poder jurídico sobre las cosas; la posesión, un poder meramente material”¹⁰⁷.

2.2 Tipos de *possessio*

Los juristas romanos concibieron tres tipos de *possessio*: la posesión civil (*possessio ad usucapionem*), la posesión natural o detentación (*possessio naturalis*) y la posesión pretoria o interdictal.

Para explicar cada una de ellas, es preciso advertir que, aunque el Derecho no regula ni protege a la posesión, de forma indirecta, sí toma en cuenta los efectos que se derivan de ella, sobre todo, en el tema de la usucapio¹⁰⁸, es la llamada *possessio ad usucapionem* o posesión civil¹⁰⁹, que ostentaba el propietario bonitario, en la cual, una persona puede llegar a convertirse en propietario por Derecho civil, con la mera

¹⁰⁴ Paulo, libro LIV, comentarios al edicto, D. 41.2.1 pr.: *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui et insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt.* (Como dice Labeón, la palabra posesión viene de sede, como si se dijera posición, porque la tiene naturalmente el que se instala en ella, lo que los griegos llaman *κατοχήν* <retención>).

¹⁰⁵ Cfr. Giménez-Candela, Teresa, *op. cit.*, p. 180. D. 41.2.3 pr; 43.3.4.26. Es en el Derecho postclásico, donde surge la idea de *possessio iuris* o *quasi possessio*, para hacer alusión a la posesión sobre derechos, cuyo antecedente se encuentra en Gayo 4.139. Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 559.

¹⁰⁶ D. 41.2.1.3; h.t. 12.1; h.t. 52 pr.; 43.17.1.2.

¹⁰⁷ Shom, Rudolph, *op. cit.*, p. 194.

¹⁰⁸ El *usus* (poder de hecho) aparece como requisito necesario para la usucapio en la ley de las XII tablas, en este *usus*, se origina la *possessio civilis* y la *possessio ad usucapionem*. Cfr. Kaser, Max, *op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁹ Sobre ella nos hemos referido al hablar de *Dominium in bonis habere*. En este punto, Iglesias refiere que la *possessio civilis*, no es un hecho, sino una acción del sujeto, es una propiedad que se va haciendo, que va en camino de ganar la garantía jurídica. Iglesias, Juan, *op. cit.*, pp. 194 y 201.

posesión continua de un bien determinado. La posesión civil, es la que le interesa al Derecho y sobre la cual, fue elaborada toda la teoría de la posesión de los juristas romanos.

La posesión civil se traduce en el complemento del dominio civil, es su manifestación externa, en ella converge la tenencia material sobre la cosa y la causa que ampara la tenencia (compra, donación, pago, etc.), que el Derecho reconoce como justa y suficiente para poder usucapir. En este contexto, para concebir a la tenencia material, los juristas romanos hablan de *corpus* (con el cuerpo), para referirse al cuerpo mismo del poseedor, y *animus* (con el alma), para referirse al conocimiento o entendimiento del que posee, expresiones que significan que la persona que desea obtener la tenencia sobre una cosa, debe entrar en contacto físico o material con ella, pero también, debe conocer y entender lo que hace, esto es, “como si, metafóricamente, su conocimiento también tomase u ocupase la cosa”¹¹⁰, solo así puede adquirirse la tenencia, que junto con la causa justa para prescribir, conforman la posesión civil¹¹¹. A estos poseedores les era concedida la *actio publiciana* como medio de defensa jurídico.

En contraposición al concepto de posesión civil, donde una persona tiene a nombre propio, un poder físico sobre un bien como si fuera dueño, existe la noción de *possessio naturalis*, que es la tenencia o detentación más simple que puede tener una persona sobre una cosa, en esta, la persona que posee lo hace *nomine alieno* (a nombre de otra), tal como posee el arrendador, comodatario, depositario o el mandatario, estas personas poseen (*corpus* y *animus*) sin ánimo de convertirse en propietarias, ya que la causa de su posesión (obligación contractual), es diferente de la causa suficiente para usucapir, razón por la cual, el Derecho no le concede ningún efecto o protección jurídica.

Por otra parte, desde la época republicana, se empezó a gestar otro tipo de posesión que a la postre, se convertiría en objeto de tutela del Derecho honorario o

¹¹⁰ Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 548. En el Derecho postclásico, el *corpus* y el *animus*, aparecen como “elementos constitutivos del hecho posesorio, de modo que el primero más bien designa a la cosa poseída y el segundo a una “intención de poseer”... ánimo de señor o de dueño”, *ibidem*, p. 560.

¹¹¹ Paulo, libro LIV, comentarios al edicto, D.41.2.3.1: *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore...* (Y obtenemos la posesión con el cuerpo y con el alma, ni solo con el alma ni solo con el cuerpo...).

pretorio: la posesión pretoria o interdictal, misma que se contrapone a la posesión civil que hemos referido.

Esta posesión interdictal, aparece junto con el origen del término “*possessio*”, cuando se empieza a conceder a particulares el uso de parcelas del *ager publicus* pertenecientes al *populi romani* a cambio de un pago (*vectigal*) que se hacía a los censores¹¹². Sobre estas tierras, los particulares no tenían la propiedad sino la posesión (*estar sentado*), porque naturalmente la tenían quienes se instalaban en ellas. Pero como la posesión no estaba protegida por el Derecho civil, sucedía que estas personas se encontraban indefensas ante cualquier acto que tendiera a molestar su tenencia, en consecuencia, a los particulares no les quedaba más remedio que defender su tenencia por propia mano; para evitarlo, el pretor decidió proteger esta posesión física mediante el interdicto *uti possidentis*¹¹³ (tal como posees), destinado a proteger únicamente a los concesionarios de fundos del *ager publicus*.

Como resultado de lo antes expuesto, la práctica jurisprudencial comenzó a extender cada vez más la defensa interdictal a diversos tipos de poseedores, y no solo dirigida a bienes inmuebles sino también a bienes muebles, lo que al paso del tiempo, hizo factible la construcción de un régimen honorario o pretorio de la defensa de la posesión¹¹⁴ a través de los *interdicta*.

¹¹² Las reformas agrarias de la época republicana y la lucha entre patricios y plebeyos, dieron como consecuencia la práctica de conceder a particulares (plebeyos) el uso de tierras públicas. Cfr. Giménez-Candela, Teresa, *op. cit.*, p. 181. En el mismo sentido Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, 2012, pp. 47-59. “Esta cesión ofrece dos formas: o la tierra cedida es tierra ya en cultivo y se da en arrendamiento por los censores, contra el pago de una merced, como *ager vectigalis*, o se trata de una tierra nueva, no explotada, cuya posesión se cede gratuitamente, *ager occupatorius*. En ambos casos el Estado conserva íntegro el derecho de revocar la concesión cuando a bien lo tenga, como dueño que es del suelo”. Kaser, Max, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

¹¹³ Shom apunta: “...a nadie le es lícito perturbar violentamente una posesión constituida...quien se crea con derecho a la posesión debe acudir a los tribunales, ejercitando una acción judicial contra el poseedor legítimo...otra cosa sería tomarse la justicia por propia mano”. Shom, Rudolph, *op. cit.*, p. 149. Por su parte, agrega Giménez-Candela: “...el pretor, a través de los interdictos, fue creando una protección pretoria destinada a hacer respetar la estabilidad de estas situaciones fácticas...trataban de preservar el orden ciudadano”. Giménez-Candela, Teresa, *op. cit.*, p. 181.

¹¹⁴ Como bien señala Betancourt, la posesión civil y la posesión pretoria coinciden, en efecto, el poseedor recibe el mismo aprovechamiento en una y otra, su distinción es más bien procesal, pues la posesión civil, se defiende mediante la acción publiciana, la pretoria, por los interdictos. Cfr. Betancourt, Fernando, *op. cit.*, p. 302.

2.3 Defensa de la *possessio*

A diferencia de la propiedad que se defiende con una acción de carácter real, la defensa de la posesión en Roma, se realiza a través de un mecanismo llamado interdicto, dicho en otras palabras, este medio de defensa no constituye una acción, sino un recurso que se funda en el *imperium* del magistrado, el cual otorga sin la necesidad de estar dentro de un procedimiento judicial.

2.3.1 Los *interdicta*

2.3.1.1 Concepto

La palabra *interdictum*, proviene de la unión latina del prefijo *inter* (entre) y del verbo *dicere* (decir), esto es, “decir entre”, expresión que refleja el decir algo entre las partes que se encuentran resolviendo una controversia. En este sentido, podemos conceptualizar al interdicto como la orden administrativa y sumaria emitida por el pretor (en Roma) o por el gobernador (en la provincia), que se funda en su *imperium*¹¹⁵, a través de la cual, trata de preservar situaciones de apariencia jurídica, a fin de mantener la paz pública y el orden jurídico¹¹⁶.

En efecto, el interdicto era una orden reservada al magistrado romano, fuera de procedimiento judicial para mantener una situación urgente, de ahí el carácter que tenía como providencia administrativa, además, asumía el carácter de orden sumaria por dos circunstancias; la primera, porque su finalidad primordial era evitar que las reclamaciones sobre posesión pretoria se hicieran de propia mano, por ende, la orden interdictal era emitida (o negada) luego que el magistrado hacía un breve estudio de la cuestión que le planteaba el solicitante; en segundo término, era

¹¹⁵ El *imperium* es el supremo poder oficial de los altos magistrados (*magistratus maiores*), del cual se derivan facultades como la *iurisdictio*, que les permite conocer sobre la administración de la justicia civil y penal, y el *ius edicendi*, que les autoriza a publicar edictos, donde se contienen las acciones honorarias e interdictos con los que promete defender determinados hechos. D. 2.1; Gai. 1.6.

¹¹⁶ Gai. 4.139: *...et in summa aut iubet aliquid fieri, aut fieri prohibet...* (...lo que en suma vienen a mandar estos magistrados, es que se haga o se deje de hacer alguna cosa...). Inst. 4.14 pr.

sumaria puesto que permitía llegar al fin deseado (retener o recuperar la posesión) antes que en un procedimiento ordinario¹¹⁷.

Como hemos apuntado, los interdictos buscaban preservar apariencias jurídicas¹¹⁸, o sea, no buscaban resolver una cuestión de derecho en concreto, sobre quién tiene mejor derecho a poseer, sino que tutelaban en abstracto una situación de hecho que versaba sobre el poseer una cosa mueble o inmueble de forma actual o inmediatamente anterior, en una palabra, protegía un poder físico sobre un objeto, del cual, no se hacía reclamación procesalmente¹¹⁹.

En este sentido, los interdictos se encontraban enunciados y ofrecidos por el pretor en su edicto, reunidos bajo un título general, donde figuraba en cada rubrica los supuestos en los que se concedían, de igual modo, se indicaba el mandato o prohibición que contenía cada uno, mismo que se fundamentaba sobre una hipótesis de hecho, esto es, una orden condicionada que valía y obligaba a sus destinatarios en tanto se encontraran comprendidos en tales hipótesis, por consiguiente, si los destinatarios se ubicaban en el hecho señalado en el interdicto y acataban el mandato o prohibición, la controversia se terminaba, por el contrario, si los sujetos pasivos no la acataban, sea por resistencia o por creer que no se encontraban dentro de los supuestos, entonces, se hacía procedente verificar en un procedimiento ante un *iudex*, si la hipótesis efectivamente alcanzaba al sujeto pasivo¹²⁰.

Como rasgo común, todos los interdictos aparecían redactados en forma genérica, sin designar nombres personales de las partes interesadas¹²¹; se utilizaba el término *ego* (yo) a saber, el pretor; *ille* (aquel) al que solicita el edicto; *tu* (usted) al

¹¹⁷ Cfr. Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, *op. cit.*, p. 537; Kaser, Max, *op. cit.*, p. 382.

¹¹⁸ Cfr. D'Ors, Álvaro, *op. cit.*, p. 143.

¹¹⁹ La posesión sobre cosas derivada de derechos reales como la servidumbre, usufructo, enfiteusis y superficies también era protegida mediante interdictos especiales o análogos al poseedor o propietario.

¹²⁰ Gai. 4. 141: *Nec tamen cum quid iusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresue itur, et ibi edictis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quodis fieri iusserit...* (Mas no se crea que el negocio queda terminado al punto que se manda o se prohíbe hacer alguna cosa; por el contrario hay que acudir enseguida ante un juez o ante recuperadores y ventilar allí, presentadas las fórmulas, si se ha hecho o dejado de hacer algo contra lo mandado o prohibido en el edicto del pretor...). Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 206 y Gordillo Montesinos, Roberto Héctor, *op. cit.*, p. 431.

¹²¹ No obstante, aunque los interdictos aparecen redactados como fórmulas reales, en realidad son personales. D. 43.1.1.3.

sujeto pasivo contra el que se dirigía el interdicto, o bien, podía aparecer el término vos (ustedes) si el interdicto iba dirigido a ambas partes.

2.3.1.2 Legitimación en los *interdicta*

Las personas que podían beneficiarse con la protección del pretor, o bien, que se encontraban legitimadas activamente para ejercer los interdictos, eran:

- a) El vectigalista, poseedor de una parcela del *ager publicus*¹²².
- b) El precarista, que es el cliente que ha recibido un predio de su patrón mediante *preces* (suplicas)¹²³.
- c) El acreedor pignoraticio, quien ha recibido de otro un bien mueble o inmueble en garantía de pago de una obligación.
- d) El secuestrario, que ha recibido de varias personas una cosa en depósito, mientras estas resuelven la disputa de propiedad en juicio.
- e) El *dominus ex iure quiritium* o el *dominus in bonis habere* (*possessor civilis ad usucapionem*)¹²⁴.

De lo anterior puede notarse que, por regla general, los meros detentadores no resultaban protegidos por los interdictos¹²⁵, en tanto que debían acudir al verdadero propietario para que entablara la defensa por ellos, o bien, si el propietario era el causante de la perturbación, solo podían accionar contra este utilizando las acciones que nacían del contrato civil que hubieran celebrado.

Por su parte, la legitimación pasiva en los interdictos se define por la acción que realiza una persona ubicándose en la hipótesis que sanciona el interdicto en cuestión, es decir, sea que esta perturbe, despoje con violencia o con banda de hombres armados.

¹²² D. 43.17.1.1.

¹²³ D. 43.26.1 pr.

¹²⁴ D. 43.17.1.2. La ventaja que resultó para los propietarios, fue un efecto feliz de los interdictos, que les permitía retener o recuperar con rapidez su posesión, sin necesidad de llevar un juicio. Cfr. Petit, Eugene, *op. cit.*, p. 159.

¹²⁵ La excepción a la regla, son precisamente el vectigalista, el secuestrario, el precarista y el acreedor pignoraticio que poseen *nomine alieno* pero resultan protegidos.

2.3.1.3 Tipos de *interdicta*

El Derecho romano, elaboró una clasificación tripartita de los interdictos, que atendía a tres criterios: según la orden que contenían, según su finalidad y según las partes a las que se dirigiera.

Atendiendo al primer criterio, la orden interdictal podía referirse a una prohibición, restitución o exhibición, y así se hablaba entonces de interdictos *prohibitoria, restitutoria* y *exhibitoria*¹²⁶. Los primeros, contenían una orden dirigida a impedir un comportamiento mediante las expresiones *ne fiat* (no se haga), *veto* (vedo), *interdico* (interdigo), además, prohibía el empleo de la violencia con la expresión *vim fieri veto* (vedo ser hecha con violencia)¹²⁷. A su vez, los interdictos restitutorios mandaban a reponer una cosa o situación jurídica en su estado anterior, se indicaban mediante la expresión *restituas* o *restituere* (restituye)¹²⁸. Por último, los interdictos exhibitorios eran aquellos que ordenaban a mostrar un determinado objeto o cosa identificable ante el magistrado y el solicitante, mediante el término *exhibeas* (exhibe).

Los interdictos de acuerdo con su finalidad, podían clasificarse en interdictos para adquirir, retener y recuperar la posesión, sin embargo, los que servían exclusivamente para la defensa de la posesión pretoria eran aquellos que se desprendían de los interdictos prohibitorios y restitutorios, es decir, los *interdicta retinendae possessionis* (interdictos para retener la posesión) e *interdicta recuperandae possessionis* (interdictos para recuperar la posesión) respectivamente, los cuales, por sus características específicas, conviene tratarlos por separado.

Finalmente, los interdictos posesorios también podían clasificarse en simples y dobles; eran simples, si en ellos una de las partes figuraba como actor y la otra como demandado (restitutorios y exhibitorios); se hablaba de interdictos dobles, cuando la

¹²⁶ Gayo la denomina “la principal división de los interdictos” Gai. 4.142: D. 43.1.1.1.

¹²⁷ Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 207. Sobre este punto, aclara Betancourt que la expresión correcta es “interdictos vetatorios”, puesto que en la mayoría de interdictos de este tipo, el verbo utilizado por el pretor es *vetare* (veto) y no *prohibere* (prohibo). Lo que veta el pretor es ese impedimento (*prohibitio*-fuerza impeditiva) que comete una persona contra la posesión del solicitante. Cfr. Betancourt, Fernando *op. cit.*, pp. 200 y 201.

¹²⁸ En estricto sentido, se llaman decretos cuando mandan hacer algo, e interdictos cuando prohíben hacer. Gai 4.140.

condición de las partes era semejante, es decir, ambas partes tenían el carácter de actor y demandado al mismo tiempo (por ejemplo, algunos interdictos prohibitorios)¹²⁹.

2.3.2 Los *interdicta retinendae possessionis*

2.3.2.1 Concepto

Los interdictos para retener la posesión, eran ordenes administrativas y sumarias emitidas para proteger, de forma provisional, el hecho posesorio (tenencia física) que una persona tenía respecto de una cosa y que le era disputada por otra, situación que ocurría con frecuencia en los casos donde dos personas discutían la pertenencia de una cosa. La utilidad de estos interdictos también valía para preparar los juicios principales donde se resolvería la cuestión de fondo (propiedad)¹³⁰, ya que permitía a una persona (vencedor del procedimiento interdictal) retener la posesión de una cosa, quien tendría que fungir con el carácter de demandado en el juicio posterior¹³¹, en consecuencia, quien resultaba vencido en el interdicto, no tenía más remedio que acudir a ejercer la acción correspondiente (*rei vindicatio o publiciana*) en su carácter de actor en un *iudicium* posterior.

Los juristas romanos concebían a los interdictos para retener la posesión como un presupuesto necesario del juicio petitorio, puesto que la posesión provisional que el pretor atribuía a una persona traía consigo la ventaja de enfrentar el juicio teniendo la posesión de la cosa, al mismo tiempo que arrojaban la carga de

¹²⁹ Gai. 4.156 y 157; D. 43.1.2.

¹³⁰ La finalidad primordial de los interdictos de retener la posesión no era servir como remedio para preparar el *iudicium petitorium*, pues como hace notar Schulz, en ocasiones las partes se conformaban con el interdicto y en otras, era el único procedimiento utilizable. Cfr. Schulz, Fritz, *op. cit.*, p. 432. Gai. 4.148.

¹³¹ De forma secundaria, estos interdictos permiten destruir cualquier obra o instalación que genere una perturbación en la posesión de alguien. D. 43.17.3.9.

la prueba al actor, quien debía demostrar el dominio sobre la cosa que reclamaba, situación que, como se expuso con anterioridad, no era nada sencilla¹³².

En el conflicto posesorio, era común que ambas partes afirmaran ser poseedores de la cosa, por tal razón, la orden que el pretor dirigía a través de los interdictos de retener la posesión, era para ambas partes, más exactamente, ambas partes figuraban en el procedimiento interdictal como actor y demandado simultáneamente, eran pues, interdictos *dúplex*¹³³. En virtud de la naturaleza de la orden que el pretor dirigía a las partes, se consideraban también *interdicta prohibitoria* en tanto que la orden era una abstención o un no hacer¹³⁴.

Como nota especial, estos interdictos contenían la mención de posesión justa, es decir, el pretor solo protegía la justa posesión de quien la solicitaba, lo que se traducía en no haber obtenido la posesión respecto de su adversario (y no de terceros) por violencia (*nec vi*), clandestinidad (*nec clam*) o precario (*nec precario*)¹³⁵, siendo así, el estudio de la posesión era relativo. Por lo demás, los interdictos para retener la posesión debían ejercerse en el plazo de un año, desde que comenzara la perturbación o molestia¹³⁶.

2.3.2.2 Tipos de *interdicta retinendae possessionis*

Los interdictos que existieron en época clásica para retener la posesión, fueron dos, el *uti possidetis* y el *utrubi*.

¹³² Inst. 4.15.4...*et quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere Semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod, atiamsi eius res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio: propter quam causam, quum obscura sunt utriusque iura, contra petitem iudicari solet...* (...y como es mucho más ventajoso poseer que demandar, por eso las más de las veces, y casi siempre, hay una gran contienda sobre la misma posesión. Más la ventaja para el poseedor está en que, aun cuando la cosa no sea del que la posee, si el actor no hubiera podido probar que la cosa es suya, permanece en su lugar la posesión: por cuya causa, cuando son oscuros los derechos de uno y otro, suele fallarse en contra del demandante.

¹³³ Gai. 4.160; D. 43.17.3.1.

¹³⁴ D. 43.17.1.1.

¹³⁵ Gai. 4.150 y 151; D. 43.17.1.9.

¹³⁶ D. 43.17.1 pr.

El interdicto *uti possidetis*, debe su nombre a las primeras palabras de su fórmula (*Uti*, adverbio relativo: como, del modo que, tal como, etc.). Es el interdicto más antiguo, que en un principio se estableció para la defensa del concesionario del *ager publicus*. En época clásica, servía exclusivamente para la defensa de la posesión de cualquier bien raíz, es decir, de todo tipo de inmuebles¹³⁷, su fórmula nos la trasmite Ulpiano en D.43.17.1 pr.:

| | |
|---|--|
| <i>Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.</i> | Vedo que se haga con violencia para que no poseáis, como las poseéis, las casas de que se trata, y que no poseéis uno por otro con violencia, ni clandestinamente, ni en precario. |
|---|--|

En la redacción de la fórmula, se evidencia la reclamación que hace una persona a un actual poseedor con el propósito de impedirle continuar poseyendo, además, se hace mención de la cláusula de posesión viciosa, que permite al interdicto *uti*, tener eventualmente un carácter recuperatorio, porque los poseedores violentos, clandestinos o precarios que obtienen la posesión y ejercitan el interdicto *uti* para defender su tenencia contra el eventual reclamo que hace la persona a quien han despojado, no pueden triunfar, en consecuencia el pretor concede la posesión provisional al despojado.

Por otra parte, el interdicto *utrubi* se estableció para la defensa de muebles y protegía al poseedor que hubiera poseído la cosa por más tiempo dentro del último año anterior a la emisión del edicto¹³⁸, o sea, el tiempo se había de contar de forma

¹³⁷ Ulpiano, libro LXIX, comentarios al edicto, D. 43.17.1.8: *Hoc interdictum in omnibus etiam possessionibus, quae sunt soli, sine dubio locum habebit, dummodo possiderit possit.* (Este interdicto tendrá sin duda lugar también respecto a todas las posesiones, que son de bienes raíces, con tal de que se puedan poseer).

¹³⁸ Guzmán Brito menciona que la razón por la que los juristas romanos decidieran amparar el mayor tiempo de posesión y no el hecho de poseer (como en el interdicto *uti possidetis*) se debe a la facilidad con que los muebles cambian de manos. *Cfr.* Guzmán Brito, *op. cit.*, p. 575.

retroactiva, el tiempo de posesión anterior al último año, no se cuenta¹³⁹. Su fórmula también nos es informada por Ulpiano en D.43.31.1 pr.¹⁴⁰

*Utrubi hic homo, quo de agitur, Vedo que se haga con violencia
maiore parte huiusce anni fuit, quo para que uno no se lleve al esclavo,
minus is eum ducat, vim fieri veto. de que se trata, allí donde estuvo la
mayor parte del año¹⁴¹.*

Como puede notarse, la fórmula edictal no contiene expresamente la cláusula de posesión viciosa, empero, era una cuestión que el pretor analizaba al momento de hacer su *causa cognitio*¹⁴². Dicha cláusula, al igual que en el interdicto *uti*, tenía un efecto reipersecutorio.¹⁴³

2.3.2.3 El procedimiento *ex interdicto*

El procedimiento en el que se desenvolvían los interdictos *uti possidentis* y *utrubi* puede dividirse en dos grandes fases; el procedimiento interdictal, en el que tiene lugar la emisión o denegación del interdicto, y el procedimiento *ex interdicto*, donde se demanda el cumplimiento o incumplimiento del interdicto. Estos procedimientos pueden explicarse de la siguiente forma:

¹³⁹ Gai 4.152: *Aanum autem retrorsus numeratur. Itaque si tu verbi gratia anni mensibus possederis posterioribus, v, et ego v prioribus, ego potior ero...* (El año se cuenta en sentido inverso, esto es, hacia atrás, de manera que si yo, por ejemplo, hubiere poseído los cinco primeros meses y tú los cinco últimos, yo seré el preferido...).

¹⁴⁰ Gayo afirma que en este interdicto valía la *accessio temporis*, en virtud de la cual, el actual poseedor puede sumar el tiempo de posesión que hubiera acumulado su antecesor jurídico. *Cfr.* Gai. 4.151.

¹⁴¹ A partir de Justiniano, el interdicto *uti possidentis* y el interdicto *utrubi* fueron asimilados, las reglas del primero se aplicaron al segundo, por esto, en época justiniana la posesión de este interdicto se concede a quien esté poseyendo al momento de emitirse el edicto. *Inst.* 4.15.4; *D.* 43.31.1.

¹⁴² D'Ors piensa que la fórmula de la época clásica, no contenía la cláusula de posesión viciosa. *Cfr.* D'Ors. Álvaro, *op. cit.*, p. 208. En contra se pronuncia Betancourt. *Cfr.* Betancourt, Fernando, *op. cit.*, p. 305. En todo caso, existe información suficiente para afirmar que en época clásica la cláusula de posesión viciosa era una circunstancia sujeta a estudio por el pretor. Gai. 4.151.

¹⁴³ D'Ors dice que no es reipersecutorio, pues en estricto sentido, poseedor solo es aquel que posee y logra vencer en el ejercicio de un interdicto, entonces, quien prevalece en este interdicto solo retiene su posesión, no la recupera. *Cfr.* D'Ors. Álvaro, *op. cit.*, p. 209, en contra Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, *op. cit.*, p. 170.

A. Procedimiento interdictal

1. El procedimiento interdictal tiene como presupuesto lógico la perturbación o molestia de una persona en la posesión de otra.
2. La persona perturbada debía presentarse ante el pretor a exponerle la problemática, sin alguna formalidad¹⁴⁴.
3. El pretor hacía un examen sumario y provisional del caso, en el que tenía en cuenta, sobre todo, las situaciones de hecho que exponía el actor y los alcances del interdicto que contenía en su edicto. De este examen, el pretor podía hacer la *denegatio interdicti*¹⁴⁵ o *datio interdicti*.
4. El pretor pronunciaba verbalmente el edicto ante el reo¹⁴⁶, en el cual, quedaba patente la prohibición que contenían los interdictos *retinendae possessionis*. Si las partes obedecían el interdicto, se terminaba el asunto, de lo contrario, debía continuar¹⁴⁷.

B. Procedimiento ex interdicto

i) Procedimiento o fase *per sponsionem*¹⁴⁸

1. Si alguna de las partes no obedecía la orden del interdicto, entonces se otorgaba la *actio ex interdicto*, que se ejercitaba mediante el procedimiento *per sponsionem*, cuya finalidad era comprobar la desobediencia del obligado y condenarle al pago de una suma de dinero, a título de pena.

¹⁴⁴ Cfr. García Luque, José Antonio, "Protección interdictal de la posesión", en Adame Goddard, Jorge (Coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 475.

¹⁴⁵ Sobre *denegatio interdicti*: D. 41.2.12.1; D. 43.20.1.13.

¹⁴⁶ Si el demandado no acudía a oír la emisión del edicto, se seguía el procedimiento establecido para la *indefensio* a través de la *missio in rei*. Cfr. García Luque, José Antonio, *op. cit.*, p. 476.

¹⁴⁷ No resulta extraño pensar que en buena media fueran respetados, pues como hace notar Guzmán Brito, desatender un interdicto prohibitorio podía resultar muy oneroso, tenía así, una eficacia atemorizante y restituyente. Cfr. Guzmán Brito, *op. cit.*, p. 213. Sobre este punto, Gayo califica a estos interdictos como "*cum periculo*" (con peligro). Gai. 4.162-165.

¹⁴⁸ El procedimiento *per sponsionem* solo era indicado para los interdictos prohibitorios.

2. El procedimiento iniciaba con un acto (*fructus licitatio*) para atribuir provisionalmente la posesión de la cosa a quien ofreciera mejores garantías de devolverla en caso de perder el juicio (*stipulatio fructuaria*).
3. Luego, como los interdictos de retener la posesión eran dobles, entonces, ambas partes se hacían mutuas promesas, ejemplo: A' promete pagar a B' una pena si no cumplió el interdicto (primera *sponsio*)¹⁴⁹, a su vez, A' recibe la promesa de B' de que pagará una cantidad de dinero si A' cumplió el interdicto (primera *restipulatio*)¹⁵⁰, luego como ambas partes son actores y demandados, se invertían las promesas: B' promete pagar a A' una pena si no cumplió el interdicto (segunda *sponsio*) y B' recibe la promesa de A' de que pagará una cantidad de dinero si B' cumplió el interdicto (segunda *restipulatio*)¹⁵¹.
4. Deliberadamente, ninguna de las partes pagaba las cantidades prometidas, por ende, se demandaban las promesas realizadas ante un solo *iudex*, quien debía investigar si el demandado había actuado en contra del interdicto, y si existían los supuestos de hecho que condicionaban el interdicto. Si la desobediencia de alguna de las partes era demostrada, debía condenarle y a la contraparte que había afirmado su dicho, le absolvía del pago de las respectivas promesas que había realizado.
5. El vencedor en el juicio de las *sponsiones*, que había obtenido la posesión provisional en la *fructus licitatio*, terminaba el juicio con la sentencia a su favor. Por el contrario, si quien obtenía sentencia favorable era la parte que no había conseguido la posesión provisional, entonces, debía iniciar un segundo juicio para obtener la posesión de la cosa¹⁵².

¹⁴⁹ Probablemente la *sponsio* que se formulaba decía “*si adversus edictum praetoris possidenti mihi a te nec vi nec clam nec precario vis facta est, tot numos mihi dare spondes? Spondeo*”. (¿Prometes darme tanto dinero si contra el edicto del pretor, es hecho que posees por fuerza a causa de violencia, clandestinidad o precario? Prometo).

¹⁵⁰ La *restipulatio*, rezaba “*si adversus edictum praetoris possidenti tibi a me nec vi nec clam nec precario vis facta non est, tot numos mihi dare spondes? Spondeo*”. (¿Prometes darme tanto dinero si contra el edicto del pretor, no es hecho que he poseído por fuerza a causa de violencia, clandestinidad o precario? Prometo).

¹⁵¹ Cfr. Guzmán Brito, *op. cit.*, pp. 572 y 573.

¹⁵² Cfr. Adame Goddard, Jorge, “El procedimiento ex interdicto en el derecho romano clásico”, *Revista de investigaciones jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm.2, año 1978, pp. 257-261.

ii) Procedimiento o fase *secutiorum*

1. El vencedor en el juicio *per sponsionem*, iniciaba el procedimiento del *iudicium secutorum sive cascellium*, para obtener la restitución de la cosa, junto con los frutos y el pago de la cantidad que había prometido en el *stipulatio* fructuaria en concepto de pena, por haber retenido injustamente la posesión y percibido los frutos.
2. El juez, debía tan solo verificar que el demandado había sido vencido en el procedimiento *per sponsionem* y si el supuesto de la fórmula era verídico, la condena se hacía *quanti ea res est*, es decir, al valor de lo que interesó al actor retener la posesión del inmueble¹⁵³.
3. Sin embargo, como la fórmula contenía una cláusula arbitraria, el demandado se liberaba restituyendo la posesión al actor¹⁵⁴.

De lo anterior podemos concluir, que si bien el procedimiento *ex interdicto*, común de los interdictos prohibitorios, era complejo, no obstante, tenía gran eficacia restitutoria y poseía mecanismos que facilitaban su pronta y efectiva resolución¹⁵⁵.

2.3.3 Los *interdicta recuperandae possessionis*

2.3.3.1 Concepto

Los interdictos para recuperar la posesión, eran órdenes administrativas y sumarias, que al igual que los interdictos para retener la posesión, resolvían de forma provisional una situación de hecho. Perteneían a la clasificación de interdictos

¹⁵³ Recuérdese que la condena en Roma clásica, era en dinero. La condena no podía ser al valor de la cosa corporal en disputa, porque no se discutía la propiedad. D. 43.17.3.11.

¹⁵⁴ Gai. 4.170.

¹⁵⁵ No obstante, debe tenerse en cuenta los interdictos secundarios que eran emitidos para evitar dilaciones, de tal manera que se obligaba a la parte rebelde a restituir la posesión, si es que la tenía, de lo contrario, se le prohibía interferir en la posesión del otro. *Cfr.* Adame Goddard, Jorge, "El procedimiento *ex interdicto*...", *cit.*, p. 258.

restitutorios, es decir, su finalidad era mandar a reponer una situación fáctica anterior (dar la posesión a quien alegaba haber sido desposeído), únicamente aplicaban sobre bienes inmuebles (o cualquier bien raíz)¹⁵⁶ y tenían un carácter simple, en razón de que el mandato de restituir contenido en el edicto, iba dirigido solo a una de las partes, por ende, resulta lógico pensar que dichos interdictos también sirvieran para atribuir los papeles de actor y demandado en el posterior juicio principal.

Estos interdictos, se caracterizaron por reprimir, sobre todo, el uso de la violencia como medio para despojar a alguien de su posesión, de ahí que para su ejercicio, se establecería un procedimiento más simple y rápido que en los interdictos prohibitoria.

2.3.3.2 Tipos de *interdicta recuperandae possessionis*

Dentro de la clasificación de los interdictos *recuperandae possessionis*, podemos admitir con precisión, como interdictos recuperatorios, al interdicto *unde vi* (de donde con violencia) y su variante *unde vi armata* (de donde con violencia armada), no así a los interdictos *de precario* y *de clandestina possessione*, que la doctrina ha puesto en duda¹⁵⁷, por ello, solo exponemos en este trabajo los primeros enunciados.

El interdicto *unde vi*, reprimía la expulsión violenta que directa o indirectamente cometiera una persona¹⁵⁸ sobre otra, la cual poseía con relación a su despojante, sin violencia, clandestinidad, ni precario; por consecuencia, la cláusula de posesión viciosa al ser relativa, ofrecía la posibilidad de que el despojado, a su

¹⁵⁶ La razón de que estos interdictos no aplicaran sobre bienes muebles era sencilla, para ellos existía la *actio furti* y, de forma específica, la *actio vi bonorum raptorum*. D. 43.16.1.3-6.

¹⁵⁷ Respecto al interdicto de precario, de acuerdo a la opinión de los sabinianos, el concedente al transmitir la posesión al precarista, no la pierde por completo, sino que la posee junto con él, entonces, al reclamarla no recupera una posesión, sino que solo trae a su antigua plenitud un derecho que había estado limitado por el precario. Cfr. Iglesias, Juan, *op. cit.*, p. 577. Por su parte, en el interdicto de clandestinidad, la cita que nos refiere D. 10.3.7.5 está interpolada, además de que durante el derecho clásico, se estimaba que el poseedor clandestino no privaba de la posesión al expulsado, en tanto que aquel no tenía conocimiento del hecho y en todo caso, al conocerlo, si el poseedor clandestino persistía en la posesión, se consideraba violencia, siendo así, el interdicto perdía razón de ser. Cfr. D'Ors, Álvaro, *op. cit.*, p. 211 y Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, *op. cit.*, p. 170.

¹⁵⁸ Se sancionaba el despojo realizado directamente por el despojante o por sus esclavos o procurador, etc. D. 43.16.1.11-20.

vez, despojara a quien le privó de la posesión, de tal forma que este último no podría utilizar el edicto al haber adquirido su posesión de forma violenta, siendo así, el último desposeedor es quien resultaba victorioso. De igual forma, era permitido que el actual poseedor defendiera con violencia la posesión que le era amenaza por otra persona que pretendía hacerse de esa posesión con los mismos medios¹⁵⁹.

Ahora bien, aunque el interdicto sancionaba la expulsión violenta que cometía una persona en perjuicio de otra, no requería para la concesión del interdicto, que necesariamente la violencia fuera ejecutada contra la persona o bienes del poseedor en el acto mismo del despojo, bastaba que la persona fuera despojada aun estando ausente y al conocer el hecho, el despojante le privara de entrar a su posesión¹⁶⁰.

Además, este interdicto debía ser ejercitado por el afectado en el plazo de un año contado a partir de que tuviera lugar la expulsión (*deiectio*), con él, el afectado conseguía la restitución del inmueble y todo aquello que hubiera ido a parar en manos del despojante¹⁶¹. La fórmula edictal clásica, seguramente estuvo redactada de la siguiente forma:

| | |
|---|---|
| <i>Unde in hoc anno tu illum vi</i> | Restituirás al demandante en el |
| <i>deiecisti aut familia tua deiecit, cum</i> | fundo de donde lo has expulsado |
| <i>ille possideret, quod nec vi nec</i> | en este año, tú o tu servidumbre, y |
| <i>clam nec precario a te possidere,</i> | en todo lo que en ese momento |
| <i>eo illum quaeque illi tun cibi habuit</i> | tenía allí sin violencia, ni |
| <i>restituas.</i> | clandestinidad, ni en precario ¹⁶² . |

Como variante del interdicto *unde vi*, apareció con posterioridad el *interdictum unde vi armata*, que se diferencia del anterior en que este sanciona la expulsión de un inmueble realizado por una banda de hombres armados¹⁶³, sea que las armas se

¹⁵⁹ D. 43.16.1.27 y 28.

¹⁶⁰ D. 43.16.1.24.

¹⁶¹ Gai, 4.154; D. 43.16.1 pr.

¹⁶² Reconstrucción de Otto Lenel, *Cfr.* Betancourt, Fernando, *op. cit.*, p. 307. Ulpiano hace mención de ella en D. 43.16.1 pr., sin embargo, está muy interpolada.

¹⁶³ Ulpiano, libro LXIX, comentarios al edicto, D. 43.16.3.2: *Armīs deiectum quomodo accipimus? Arma sunt omnia tela, hoc est et fustes, et lapides, non solum gladii, hastae, frameae, id est rhomphaeae.* (¿Cómo entendemos echado por la fuerza de las armas? Armas son todas las cosas arrojadas, esto

hayan utilizado para expulsar o no¹⁶⁴, también, en que no tiene plazo para su ejercicio, es decir, es perpetuo y, por último, se distingue en que la cláusula de posesión viciosa no se hace presente en su ejercicio, así, quien obtuvo la posesión de forma violenta respecto de su adversario y con posterioridad es expulsado por este con armas o banda de hombres armados, sí podrá verse favorecido con el interdicto¹⁶⁵. Su fórmula era la siguiente:

Unde tu aut familia procurator tuus Restituirás al demandante en el
illum vi hominibus, coactis fundo de donde lo has expulsado,
armatisve deiecisti, eo restituas con banda de hombres armados, tú
o tu servidumbre o tu procurador¹⁶⁶.

2.3.3.3 El procedimiento *ex interdicto*

El procedimiento en el que se desenvolvían ambos interdictos tenía una doble alternativa, o bien se podía ventilar en el procedimiento *per sponsionem*, al igual que los interdictos prohibitorios¹⁶⁷, o bien, llevarse en un procedimiento más rápido: el procedimiento *per formulam arbitrariam*. Su tramitación era de la siguiente forma:

A. Procedimiento interdictal

es, también los palos y las piedras, no solamente las espadas, las lanzas, las frameas, esto es, las ronfeas).

¹⁶⁴ Ulpiano, libro LXIX, comentarios al edicto, D. 43.16.3.5: *...sufficit enim terror armorum, ut videantur armis deiecisse*. (...porque basta el terror de las armas para que se considere que echaron por la fuerza de las armas).

¹⁶⁵ Como puede notarse, resulta más agravante expulsar con armas que expulsar violentamente. Ahora, lo que sí se permite, es que quien expulsó con armas, pueda ser expulsado a su vez también con armas o incluso, repeler el despojo con las armas. D. 43.16.3.9.

¹⁶⁶ Reconstrucción de Otto Lenel. *Cfr.* Betancourt, Fernando, *op. cit.*, p. 308. Gai. 4.155; D. 43.16.3 pr. Justiniano unificó en un solo régimen ambos interdictos, en el cual, suprimió la cláusula de posesión viciosa y estableció el límite de un año para su ejercicio.

¹⁶⁷ La diferencia era que tratándose de interdictos restitutorios, solo se hacía una *sponsio* y una *restipulatio* y luego tenía lugar el juicio *secutorium*.

1. Cuando tenía lugar un caso de despojo violento, fuere con armas o no, el afectado acudía ante el pretor para solicitar el interdicto.
2. El pretor al realizar su *causa cognitio*, podía dar o negar la emisión del mismo. Si decidía otorgar el edicto, lo pronunciaba de forma oral ante las partes, en el cual, ordenaba al demandado restituir el inmueble.
3. En esta etapa, antes de abandonar el tribunal del pretor, el demandado podía solicitar que el asunto fuera llevado inmediatamente ante un *arbiter*¹⁶⁸.

B. Procedimiento *per formulam arbitrariam*

1. En la fórmula que recibe el *arbiter*, se le indicaba que debía investigar los supuestos de hecho del interdicto, así como si el demandado había desacatado la orden del interdicto¹⁶⁹.
2. Si los hechos del interdicto resultaban falsos, absolvía, de lo contrario, condenaba al demandado a tanto o cuanto importara al actor poseer el inmueble¹⁷⁰, cantidad que podría resultar muy alta. Sin embargo, como la fórmula contenía una cláusula arbitraria, se le ofrecía la posibilidad al demandado de restituir la posesión al actor, so pena de resultar condenado¹⁷¹ en la sentencia.

¹⁶⁸ Es curioso que fuera el propio demandado quien solicita el inicio de un procedimiento ante el *arbiter*, sin embargo debemos pensar, como sostiene Adame Goddard, en el sentido de que en este caso, el demandado confesaba ante el pretor que no acataría el interdicto, sea porque tenía un impedimento o bien, porque no estaba seguro si la orden interdictal lo alcanzaba, y en esta virtud, pidiera el conocimiento del caso ante el *arbiter* quien se vería obligado a estudiar si existían los presupuestos para la emisión del edicto. En conclusión, el demandado no se convertía en actor por ser él quien pedía el conocimiento del *arbiter*, solo se limitaba a elegir la forma procesal en que el actor debía seguir el procedimiento. Cfr. Adame, Goddard, Jorge, "El procedimiento ex interdicto...", *cit.*, p. 261 y García Luque, José Antonio, *op. cit.*, p. 476.

¹⁶⁹ Es posible que en la fórmula se reprodujera la hipótesis del interdicto, como supuesto de hecho que tenía que probarse durante el juicio. Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 214.

¹⁷⁰ D. 43.16.6 pr.

¹⁷¹ Adame Goddard expone una interesante conclusión respecto al procedimiento *ex interdicto* que se aplicaba en los interdictos prohibitorios y restitutorios. Afirma que si se puede probar que el procedimiento *per formulam arbitrariam* (propio de los interdictos restitutorios) fue el mismo que el procedimiento *cascellianum* o *secutorium* (de los interdictos prohibitorios), la génesis histórica explicaría que, en una primera etapa, existió el procedimiento *per sponsionem*, donde se perseguía una suma de dinero a cargo del infractor del interdicto, luego se estableció el procedimiento *secutorium* a fin de que el actor contara con una vía judicial para que consiguiera un estado de hecho

Resulta evidente que, a pesar de que el procedimiento aplicado en los interdictos de recuperación de posesión no presentara gran riesgo para el demandado, por no existir *sponsiones* y *restipulationes*, de las cuales tuviera que pagar una cantidad de dinero a título de pena, sí tenía gran rapidez y efectividad, pues gozaba de la alternativa para el actor de obtener la restitución de la posesión inmediatamente¹⁷².

conforme al interdicto, finalmente, se abrió la posibilidad de abreviar el procedimiento y pasar directamente al juicio de restitución (*per formulam arbitriam*). Cfr. Adame, Goddard, Jorge, "El procedimiento ex interdicto...*cit.*", p. 262.

¹⁷² Gayo llamaba a este procedimiento "*sin periculo*" (sin peligro). Gai. 4.162 y 163.

CAPÍTULO SEGUNDO

La defensa ordinaria de la propiedad y la posesión en el Derecho civil de la Ciudad de México

De forma análoga al primer capítulo, en este apartado se analizan los mecanismos de defensa ordinarios de la propiedad y la posesión en el Derecho Civil de la Ciudad de México, con el objetivo principal de entender su funcionalidad y evaluar su efectividad. Por tanto, el método analítico, descriptivo y sistemático nos permitirá abordar cada elemento en los rubros que hemos establecido: concepto, tipos, características, medio de defensa y procedimiento.

1. La propiedad

1.1. Concepto

El Derecho mexicano adoptó, con una marcada preferencia, el término “propiedad” para referir a la relación de pertenencia de una cosa con una persona, dejando en segundo plano, el antiguo vocablo de *dominium*¹⁷³. Ahora, el Código Civil para la Ciudad de México es omiso en definirla, solo especifica el aprovechamiento que puede hacer de una cosa su propietario. Dice el artículo 830: “el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes”, no obstante, desde un punto de vista objetivo, la doctrina y la jurisprudencia mexicana definen a la propiedad como un derecho real que contiene un conjunto de disposiciones que nos permite extraer de las cosas la máxima utilidad¹⁷⁴.

¹⁷³ Parte de la doctrina mexicana, señala una diferencia conceptual entre propiedad y dominio, sin que a la fecha, se haya logrado un criterio uniforme, por tal motivo, ambos términos se usan indistintamente en los manuales, códigos y jurisprudencias, considerándose como sinónimos. Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, t. VII, p. 272 y De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Bienes y derechos reales*, 9a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 121.

¹⁷⁴ Azua Reyes, Sergio T. *Los derechos reales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 57. Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XC, p. 863, el rubro de la jurisprudencia es: “REIVINDICACIÓN, DOMINIO LEGAL SOBRE LA COSA, COMO PRIMER ELEMENTO DE LA ACCIÓN DE”.

De igual forma, nuestro Código Civil es omiso en aclarar sobre qué tipo de bienes recae la propiedad, si solo en corporales o también en incorporeales, ya que por una parte, la interpretación de los artículos 747, 748 y 749, permite aplicar el término a cualquier tipo de bien, con la única limitante de que se encuentren dentro del comercio, por la otra, los artículos 772 y 830, parecen indicar que la propiedad solo refiere a cosas materiales o corporales, además, existe discusión en la doctrina mexicana respecto al objeto de la propiedad, pues la corriente tradicionalista afirma que la propiedad solo puede recaer sobre bienes corporales y determinados, mientras que la corriente moderna sostiene que abarca bienes corporales e incorporeales (energía eléctrica o derechos como los de autor y los industriales)¹⁷⁵.

Ahora, la relación de pertenencia que define a la propiedad, se manifiesta en el poder jurídico que permite a una persona obtener de forma directa e inmediata todos los aprovechamientos jurídicos (no económicos) de una cosa¹⁷⁶, dicho poder es oponible a todo sujeto pasivo universal que trate de impedirlo. Estos aprovechamientos, son en realidad facultades de disposición, que permiten enajenar, conservar, destruir, consumir, gravar, limitar o transformar la cosa; así también, son facultades de goce y aprovechamiento, o sea, de uso y disfrute¹⁷⁷.

Por otra parte, el Derecho mexicano concibe a la propiedad de forma abstracta o ideal, ya que se diferencia de la cosa sobre la que recae, dicho en otras palabras, la propiedad se define principalmente, como un derecho real o un poder jurídico que aplica sobre una cosa, en la que actúa su titular, esta diferencia permite al jurista moderno separar el objeto material y el derecho con el que se ostenta su titular¹⁷⁸.

Por último, también podemos caracterizar a la propiedad a través de diversas notas generales que establece la doctrina. La primera dice que la propiedad es perpetua, sin embargo, observamos que dicha perpetuidad debe entenderse al

¹⁷⁵ Entre los autores que sostienen la primera postura, se encuentran: Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 16a. ed., México, Porrúa, 2015, p. 293; De Ibarrola, Antonio, *Cosas y sucesiones*, 18a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 306 y Azua Reyes, Sergio T., *op. cit.*, pp. 59 y 60; partidarios de la postura contraria: De Pina, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 1966, p. 64 y Tapia Ramírez, Javier, *Bienes, derechos reales, derechos de autor y registro público de la propiedad*, 3a. ed., México, Porrúa, 2016, p. 124.

¹⁷⁶ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 291.

¹⁷⁷ *Cfr.* Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIV, p. 649, el rubro de la jurisprudencia es: "DERECHO DE PROPIEDAD".

¹⁷⁸ *Cfr.* Azua Reyes, Sergio T., *op. cit.*, pp. 61 y 62.

periodo de tiempo que dure la vida del propietario o al tiempo en que dure la cosa¹⁷⁹; en segundo término, la propiedad se afirma como absoluta, porque su ejercicio se puede oponer mediante la acción reivindicatoria, a cualquiera que no tenga derecho a ella y trate de impedirlo, según lo indica el artículo 772 del Código Civil; en tercer lugar, es semi-plena, porque permite a su titular obtener todos los aprovechamientos posibles de la cosa, pero no en un modo absoluto o irracional, pues de forma genérica, los artículos 16 y 840 del Código Civil exigen un uso racional y no abusivo de la cosa y, de forma específica, el mismo código establece una serie de limitaciones a través de normas generales y permanentes que modifican la forma jurídica de la propiedad¹⁸⁰ con el fin de asegurar que su ejercicio no ponga en peligro la paz pública y el bien común, además debe tenerse en cuenta que el ideal revolucionario que inspiró el contenido del artículo 27 constitucional, estableció que la propiedad debía tener una función social¹⁸¹, que por encima del interés particular se halla el interés social, así el uso, disfrute y disposición de la cosa deben buscar este beneficio y no solo el de su titular¹⁸².

¹⁷⁹ Arce y Cervantes, José, *De los bienes*, 7a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 52. Tanto los derechos de autor como los derechos de propiedad industrial no son perpetuos, sino que se encuentran sujetos a una temporalidad, por ejemplo, derechos patrimoniales: durante la vida del autor y después de su muerte cien años más; si hay coautores, el mismo tiempo después de la muerte del último o bien, mismo plazo después de divulgadas las obras (artículo 29 de la Ley Federal del Derecho de Autor); patentes: veinte años improrrogables (artículo 23 de la Ley de la Propiedad Industrial); marcas: diez años prorrogables (artículo 95 de la misma ley).

¹⁸⁰ Algunas de las limitaciones que enuncia nuestro código civil, son: ocupación por causa de utilidad pública (artículo 831) o para prevenir o remediar una calamidad pública (artículo 836), limitación de la propiedad del subsuelo del inmueble donde se encuentren minerales o substancias enunciadas en el párrafo cuarto del artículo 27 constitucional (artículo 838), prohibición de excavar y construir que haga perder el sostén de la propiedad vecina (artículo 839), construir o plantar sin observar los reglamentos determinados, o bien, sin molestar la propiedad vecina (artículos 845, 846, 851 y 853), etc. Sobre las limitaciones a la propiedad, *Cfr.* Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXIX, p. 293, el rubro de la jurisprudencia es: "PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDADES A LA".

¹⁸¹ Este ideal se tomó de León Duguit, quien decía: "la ley objetiva, otorga y reconoce facultades para que se pueda dar satisfacción a la necesidad de cumplir con el deber social de solidaridad que impone la convivencia humana. Por ello aprecia que cuando el hombre detenta una propiedad, debe dirigir esa riqueza al bienestar de la colectividad". *Cfr.* Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009, t. IV, pp. 325-327.

¹⁸² La exposición de motivos del código civil de 1928 expone "las revoluciones sociales del presente siglo han provocado una revisión completa de los principios básicos de la organización social, y han echado por tierra dogmas tradicionales consagrados por el respeto secular...al tratar de la propiedad se separó la Comisión de la tendencia individualista que campeaba en el Derecho Romano...y aceptó la teoría progresista que considera al 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...".

1.2. Tipos de propiedad

Nuestro derecho contempla dos diversos tipos de propiedad, que encuentran su fundamento en el primer párrafo del artículo 27 constitucional, siendo estas la propiedad originaria y la propiedad privada. Al respecto, dice el párrafo del comando en cita: “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 derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

La primera parte del párrafo citado, establece la propiedad originaria, estudiada de forma preponderante, por el Derecho constitucional. Esta propiedad enfatiza que las tierras y aguas que se ubican dentro del territorio nacional pertenecen, desde el origen de la creación del Estado mexicano, de forma exclusiva a la nación¹⁸³, misma que el Estado tiene el derecho¹⁸⁴ de transmitir su dominio a los particulares, constituyendo un segundo modelo de propiedad, la propiedad derivada o privada que estudia el Derecho civil.

García Tellez, Ignacio, *Motivos, colaboraciones y concordancias del nuevo Código Civil mexicano*, pp. 19 y 30, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3075-motivos-colaboracion-y-concordancias-del-nuevo-codigo-civil-mexicano>. Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. II, p. 272, el rubro de la jurisprudencia es: “DERECHO DE PROPIEDAD”.

¹⁸³ “Cabe observar que el artículo 27 constitucional únicamente se refiere a la propiedad de las tierras y aguas comprendidas en el territorio nacional...pero no puede ser el punto de partida para hacer una teoría de la propiedad, que comprende muchos otros bienes”. Adame Goddard, Jorge, “Propuesta metodológica para el estudio y crítica romanística del libro de bienes del Código Civil. Aplicación del método al concepto de propiedad”, *Revista de Derecho Privado*, México, cuarta época, año I, núm. 2, julio-diciembre de 2012, p. 20. Asimismo, el citado autor, al interpretar el artículo 27 constitucional, refiere que “se distinguen dos poderes que los hombres pueden tener, el *imperium* o poder político que corresponde al pueblo y que ejercen los magistrados, y el *dominium* que pueden tener los ciudadanos respecto a las cosas...se distinguen las cosas que pueden ser objeto de propiedad privada que están en el comercio (*res in commercio*), de las que no pueden ser objeto de apropiación privada, que son llamadas *res extra commercium*. Esta distinción sirve para explicar el derecho que tiene la nación sobre ciertas cosas...la propiedad originaria cabe entenderla como el derecho soberano <*imperium*, no propiedad> de la nación sobre el territorio nacional, con independencia de quienes sean los propietarios”. Adame Goddard, Jorge, *La propiedad de la nación mexicana, interpretación romanista del artículo 27 constitucional*, México, Porrúa, 2018, pp. 27, 28 y 47.

¹⁸⁴ Resulta interesante el argumento de Antonio de Ibarrola, quien sostiene “el Estado debe tutelar y reglamentar el derecho, pero no podría, como lo da a entender nuestro precepto constitucional, abolirlo o limitar en forma arbitraria y contraria al Derecho natural. El Estado tiene la obligación de respetar el derecho de propiedad. No tiene pues el derecho de crear la propiedad privada”. De Ibarrola, Antonio, *op. cit.*, p. 288.

La propiedad privada, por su parte, surge como modelo de la propiedad originaria, sobre la cual, el Estado establece una reglamentación para los gobernados a fin de normar los supuestos para su adquisición, uso (límites y restricciones para beneficio de la colectividad), disposición, defensa, disfrute, goce y extinción. Desde esta óptica, ha sido definida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como “un derecho humano” que posibilita al individuo la obtención material para la realización de su proyecto de vida “y que el Estado puede afectar a través de las diversas formas que el orden jurídico previene”¹⁸⁵.

1.3. Defensa de la propiedad

La defensa ordinaria de la propiedad en el Derecho de nuestra ciudad, se realiza únicamente mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, la cual se concibe como la acción real por antonomasia.

1.3.1. La acción reivindicatoria

1.3.1.1. Concepto

La defensa ordinaria, que concede el derecho privado de la Ciudad de México¹⁸⁶, para la defensa de la propiedad, es la acción reivindicatoria, concebida como el

¹⁸⁵ Tesis 2a. LXXXVII/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2018, p. 1215, el rubro de la jurisprudencia es: “INDEMNIZACIÓN EN CASO DE EXPROPIACIÓN. CONSTITUYE UNA MEDIDA A TRAVÉS DE LA CUAL EL ESTADO RESARCE LA AFECTACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA PROPIEDAD PRIVADA”. Asimismo, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el caso *Salvador Chiriboya vs Ecuador*, en la sentencia del 6 de mayo de 2008, en el párrafo 60 estableció “el derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales...es por ello que el Estado...puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la convención...”. Carbonell, Miguel y Caballero González, Edgar S., *Convención Americana de los Derechos Humanos con jurisprudencia*, México, Centro de Estudios Carbonell A.C., 2015, p. 430.

¹⁸⁶ Existe en el Derecho público, una protección constitucional, contemplada en los artículos 14 y 16, a través del juicio de amparo regulado por los artículos 103 y 107, asimismo, existe una protección

medio de tutela más importante y efectivo, a través del cual “un propietario no poseedor hace efectivo su derecho contra el poseedor no propietario”¹⁸⁷.

Esta acción se define en nuestro derecho como “una acción real protectora del derecho de propiedad, contra la privación de la cosa o cualquier detentación posesoria; corresponde ejercerla a la persona que tiene la titularidad de una cosa mueble o inmueble, en contra de otra persona que tiene la posesión, o bien, contra la persona que la tuvo, con objeto de que se le reconozca y restituya con los frutos y accesiones”¹⁸⁸. De lo anterior, se infieren las características que posee la acción, esto es, una acción civil, real, perpetua, privada, declarativa y de condena.

A través de ella, es posible reivindicar cosas perfectamente identificables; en el caso de inmuebles, debe precisarse la ubicación, superficie, medidas y colindancias que den certidumbre sobre lo que se reclama; en el caso de muebles, basta con algún signo, recubrimiento, marca, o cualquier dato que la hagan identificable¹⁸⁹, en cambio, no es posible reivindicar, según el artículo 8 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México:

- a) Cosas que están excluidas del comercio (artículo 1137 del Código Civil).
- b) Cosas genéricas, ya que es imposible identificarlas.
- c) Las cosas unidas a otras por vía de accesión (artículo 899 del Código Civil).
- d) Los muebles perdidos o robados que un tercero haya adquirido de buena fe, a menos que reembolse al comprador el precio que pagó por ellos (artículo 799 del Código Civil).
- e) Cosas que el mismo propietario haya concedido la posesión derivada a un tercero, pues en este caso debe ejercer la acción personal del negocio celebrado y no la reivindicatoria.

internacional establecida en los artículos 8.1 y 21 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, sin embargo, este estudio corresponde más bien al Derecho constitucional e internacional.

¹⁸⁷ Como hace ver Rafael de Pina, esta definición clásica pertenece a Dernburg. *Cfr.* De Pina, Rafael, *op. cit.*, p. 83.

¹⁸⁸ Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, p. 241. La jurisprudencia mexicana difiere de este concepto y del contenido mismo del artículo 4 del Código de Procedimientos Civiles que sitúan a la acción reivindicatoria como una acción declarativa de dominio, al decir que la acción tiene como objeto obtener la posesión. *Cfr.* Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVI, p. 2160, el rubro de la jurisprudencia es: “ACCIÓN REIVINDICATORIA”.

¹⁸⁹ Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, p. 246.

1.3.1.2. Enunciado del artículo 4 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México

La acción reivindicatoria, tiene un doble fundamento en la legislación civil de la Ciudad de México, ya que por una parte, el código civil establece en el artículo 831 lo siguiente: “la propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización”, dicha oración constituye la norma sustantiva que prohíbe privar injustamente de una cosa a su legítimo propietario, ahora bien, la acción que se concede para hacer cumplir dicha prohibición, se establece en el código adjetivo o procesal, en su artículo 4, que de forma especial dice: *Artículo 4.- La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y acciones en los términos prescritos por el código civil.*

El citado dispositivo adopta la definición clásica de la acción reivindicatoria, puesto que establece que, el supuesto lógico que permite al propietario utilizar la acción es el hecho de haber perdido la posesión, la cual habrá de dirigir contra quien la tenga, asimismo, regula de forma específica los dos efectos principales de la acción, su efecto declarativo, es decir, hacer cierto el derecho de propiedad y en consecuencia, declarar que el demandante es dueño de la cosa y, finalmente, el efecto de condena, que persigue que se condene al demandado a entregar la cosa que se reclama con sus frutos y acciones, según el tiempo que haya tenido en posesión la cosa y según esta haya sido de buena o mala fe¹⁹⁰.

1.3.1.3. Legitimación activa y pasiva

En el ejercicio de la acción reivindicatoria, solo se encuentra legitimado activamente, el titular del derecho de propiedad, mismo que carece de la posesión del bien que

¹⁹⁰ Cfr. Pallares, Eduardo, *Tratado de las acciones civiles*, 12a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 49, 55 y 56.

reclama. En contraste, la legitimación pasiva se puede dar contra cualquier tipo de poseedor e incluso, contra los mismos detentadores¹⁹¹.

Lo anterior es así, ya que el artículo 5 del Código de Procedimientos Civiles, dice: “el tenedor de una cosa puede declinar la responsabilidad del juicio designando al poseedor que lo sea a título de dueño”, en este sentido, la palabra “tenedor” designa tanto a los detentadores (que tienen una cosa en virtud de una relación de dependencia que guardan con el propietario), como a los poseedores derivados, en virtud de que unos y otros no poseen a título de dueño, estando obligados a declinar la responsabilidad a la persona que sí lo es, por ende, aunque el poseedor originario es el verdadero candidato para dirigirle la acción, mientras los detentadores o poseedores no se desvinculen de esta obligación o asuman la posesión como propia, quedarán sujetos a ella, aún más, si la niegan, pierden la posesión respecto a su adversario aunque este no demuestre su derecho, esto según el artículo 6 del mismo código que enuncia: “el poseedor que niegue la posesión la perderá en beneficio del demandante”¹⁹².

Además, de acuerdo con el artículo 7 del código adjetivo, resultan legitimados pasivamente, “aunque no posean la cosa, el poseedor que para evitar los efectos de la acción reivindicatoria dejó de poseer, y el que está obligado a restituir la cosa o su estimación, si la sentencia fuera condenatoria...”, lo que permite formular el principio de que el demandado debe ser condenado siempre a restituir si posee, y solo que no posea, a pagar su estimación¹⁹³.

¹⁹¹ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CIX, p. 1319, el rubro de la jurisprudencia es: “REIVINDICACIÓN, CONSTITUYE UNA ACCIÓN REAL QUE PUEDE INTENTARSE CONTRA CUALQUIER POSEEDOR (LEGISLACIÓN DE VERACRUZ Y DEL DISTRITO FEDERAL)”.

¹⁹² Antonio de Ibarrola, se pronuncia en desacuerdo con el citado precepto, ya que “puede suceder muy bien que, no obstante que el demandante no sea propietario o no logre demostrar su derecho de propiedad y aun así se condene al demandado a entregar la cosa y a perder la posesión de ella”. De Ibarrola, Antonio, *op. cit.*, p. 394. Sin embargo, nosotros consideramos que el artículo citado es correcto, por lo siguiente, si el demandado, aunque no sea propietario, asume la defensa, en consecuencia, este prevalecerá cuando por su parte, el demandante no haya podido demostrar su derecho, ya que cobraría vigencia el contenido del artículo 803 del Código Civil que dice “todo poseedor debe ser mantenido o restituido en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer”, en cambio, si al ser demandado, niega la posesión, su temeridad lo coloca en una posición inferior respecto al que afirma la propiedad.

¹⁹³ Cfr. *Ídem*.

Por otro lado, no está legitimado pasivamente el poseedor derivado al que el propietario le transmitió la posesión de la cosa, sea a título de arrendamiento, depósito o comodato, en estos supuestos el propietario debe ejercer la acción personal del negocio que celebró con el poseedor y no la reivindicatoria, a menos que este último, niegue tal relación y afirme poseer a título de dueño¹⁹⁴; de forma excepcional, si estará legitimado el poseedor derivado al que le hayan transmitido la posesión a ruegos o a título de precario¹⁹⁵. Finalmente, no resulta legitimado pasivamente el copropietario contra el cual pretenda accionar otro copropietario¹⁹⁶.

1.3.1.4. Elementos que deben acreditarse

Desde la antigua jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se habían establecido los requisitos que debían acreditarse para la procedencia de la acción reivindicatoria¹⁹⁷, cuya carga procesal corresponde, según el artículo 281 del código adjetivo, al actor¹⁹⁸. A saber, los requisitos son:

- 1) El dominio de la cosa que se reclama.
- 2) La posesión de la cosa por el demandado.

¹⁹⁴ Cfr. Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. LX, p. 9, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN REIVINDICATORIA, PROCEDENCIA DE LA".

¹⁹⁵ Cfr. Tesis I.4o.C.64 C, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, julio de 2018, p. 1575, el rubro de la jurisprudencia es: "POSESIÓN A RUEGOS O EN PRECARIO. LEGITIMA AL PROPIETARIO QUE LA CONCEDE PARA EJERCITAR LA PRETENSIÓN REIVINDICATORIA O LAS PERSONALES CONDUCENTES".

¹⁹⁶ Cfr. Tesis 1a./J. 11/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, noviembre de 2000, p. 62, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN REIVINDICATORIA. IMPROCEDENCIA DE SU EJERCICIO ENTRE COPROPIETARIOS".

¹⁹⁷ La jurisprudencia más antigua de la corte, mencionaba solo dos requisitos: el dominio del actor y la posesión del demandado, Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, p. 153, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN REIVINDICATORIA.". Posteriormente, se incluyó el tercer elemento, referente a la identidad, que junto con los dos primeros se han conservado en criterios más recientes. Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXV, p. 253, el rubro de la jurisprudencia es: "REIVINDICACIÓN, ELEMENTOS DE LA ACCIÓN DE." y Tesis VI.2o. J/193, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Núm. 53, mayo de 1992, p. 65, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN REIVINDICATORIA. SUS ELEMENTOS".

¹⁹⁸ Cfr. Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VI, julio-diciembre de 1990, p. 43, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN REIVINDICATORIA. AL ACCIONANTE INCUMBE DEMOSTRAR LOS ELEMENTOS DE LA".

3) La identidad del bien reclamado por el actor

En cuanto al primer elemento, y de acuerdo con el artículo 95 fracción II del Código de Procedimientos Civiles, el actor debe acompañar desde el escrito inicial de demanda el documento en el que basa su acción, siendo este el título de propiedad del bien que reclama, sin embargo, los artículos 95 fracción II, 96 y 97 del mismo código, establecen ciertas excepciones, a saber:

- 1) Cuando el actor no tiene a su disposición los documentos en los que funda su acción pero acredita, mediante el acuse respectivo, en su escrito inicial de demanda, haberlos solicitado ante la dependencia obligada. En este supuesto, según el artículo 99 del citado código, el actor se encuentra obligado a presentarlo en cuanto le sea expedido por la dependencia o bien, incluso antes del cierre del periodo de desahogo de pruebas.
- 2) Cuando el actor no tiene a su disposición los documentos en los que funda su acción y a pesar de haberlos solicitado previamente a la dependencia obligada, declara bajo protesta legal de decir verdad que se encuentra imposibilitado para exhibirlos por causas ajenas a él, en este supuesto, debe manifestar al juez en el escrito inicial de demanda o en su caso, en un escrito posterior, la causa por la cual no puede presentarlos. El juzgador podrá hacer uso de los medios de apremio contra la dependencia que sin causa justificada se niega a expedirlos.
- 3) Cuando el actor no tiene a su disposición el documento original, puede acompañar a su escrito inicial de demanda copias simples, manifestando bajo protesta legal de decir verdad que carece de otro documento fehaciente. En este supuesto, el actor queda obligado a exhibir durante el ofrecimiento de prueba o durante de la audiencia de desahogo de pruebas una copia fiel del documento o bien, haber solicitado y realizado el cotejo de las copias con el documento original a través de fedatario público que autorice el tribunal¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Tesis I.2o.C.19 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1413, el rubro de la jurisprudencia es: "OFRECIMIENTO DE PRUEBAS

Siendo así, para saber si el título que se exhibe es suficiente para acreditar tal elemento, la jurisprudencia de nuestro país se ha apartado de la prueba diabólica, en el que el propietario debía demostrar a su vez, que la persona de la cual había obtenido la cosa, también había sido propietario; en su lugar, estableció criterios modernos “que tienden a aceptar que se acredite el derecho de propiedad, estudiando las presunciones que pueden corroborarlo, es decir, estudiando la actitud y la situación del reivindicante, en relación con la persona demandada, para decidir qué título o derecho es mejor”²⁰⁰. En este sentido, las reglas para el estudio de los títulos, pueden describirse así:

- a) Cuando el reivindicante tiene título de propiedad y el demandado no tiene ninguno, aquel basta para tener demostrado el derecho del actor, siempre que dicho título sea anterior a la posesión del demandado²⁰¹.
- b) Cuando la posesión es anterior al título, este no prospera y se hace necesario que el actor presente otro título anterior a la posesión del demandado²⁰².
- c) Cuando las dos partes tienen título, y ambos tienen el mismo origen al proceder de una misma persona, se atiende a la prelación en el registro. Si ninguno está registrado, prevalecerá el primero en fecha.

DOCUMENTALES EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 95 FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL”.

²⁰⁰ Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXVII, p. 658, el rubro de la jurisprudencia es: “PROPIEDAD, TÍTULOS DE LA”.

²⁰¹ Como bien aclara la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, esta tesis tiene fundamento en las presunciones contenidas en los artículos 798 y 827 del Código Civil, lo que trae como resultado “que al contender el título del actor frente a la posesión *ad usucapionem* del demandado, si la misma data de una época anterior, el valor del título queda en entre dicho, porque de acuerdo a la primera de las disposiciones citadas, el poseedor es presuntivamente propietario, y como esta propiedad es anterior al título del demandante, resulta que dicho título no es susceptible de acreditar la propiedad...sin embargo, si el reivindicante acredita que su causante fue en realidad propietario desde fecha anterior a la posesión del demandado, la posesión mencionada se destruye...”. Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 205-216, p. 24, el rubro de la jurisprudencia es: “ACCIÓN REIVINDICATORIA. TÍTULO DEL CAUSANTE ANTERIOR A LA POSESIÓN DEL DEMANDADO. ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA NÚMERO NUEVE DE LA COMPILACIÓN 1917-1985”.

²⁰² “Solamente es aplicable a los casos en los cuales es distinto el origen de la posesión y del título, pero no a aquellos donde las partes reconocen a un causante común; y que el propio principio no comprende a cualquier clase de posesión sino solamente a la que siendo más antigua que el título de propiedad, la tiene el demandado con el carácter de originaria”. Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. CXXXIV, p. 12, el rubro de la jurisprudencia es: “ACCIÓN REIVINDICATORIA. ESTUDIO DE LOS TÍTULOS. SU CORRECTO ALCANCE”.

- d) Cuando las dos partes tienen título, pero proceden de distintas personas, prevalecerá la posesión si ambos son de igual calidad, a menos que en el conflicto que hubiera habido entre los causantes de ambos títulos, haya prevalecido el del actor²⁰³.

En cuanto al segundo elemento de la acción, por lo general, es hasta el momento de contestar la demanda, cuando el actor puede acreditar dicho requisito con la simple declaración que realiza el demandado, ya que es el acto procesal indicado en el que debe declinar la acción al poseedor originario, si es que él es un detentador o un poseedor derivado, o bien, negar la posesión y entonces perderla frente al demandante, si no ocurre ninguno de los dos eventos anteriores y el demandado contesta la demanda confesando la posesión, omitiendo contestar, o aún, con su rebeldía, su confesión expresa o ficta, respectivamente, tendrá por acreditado el requisito²⁰⁴, con independencia que el actor pueda corroborarlo con otros medios de prueba, lo anterior de conformidad con el artículo 266 del Código Procesal Civil.

El tercer requisito relativo a la identidad del bien, se refiere sobre todo, a una identidad material, esto es, en acreditar plenamente que el bien reclamado es el mismo que posee el demandado, aun así lo posea todo o en parte²⁰⁵, esto se traduce en precisar superficies, medidas, colindancias. Lo anterior, puede acreditarse a través de diversos medios, por ejemplo:

- 1) Con la identificación del inmueble, cuando al contestar la demanda y tratándose exclusivamente de inmuebles, el demandado interpone como excepción o en vía de reconvención, la prescripción positiva, siempre que no niegue la identidad del mismo²⁰⁶.

²⁰³ Cfr. Tesis VI.2o. J/191, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Núm. 53, mayo de 1992, p. 64, el rubro de la jurisprudencia es "ACCIÓN REIVINDICATORIA. ESTUDIO DE LOS TÍTULOS".

²⁰⁴ Cfr. Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. VII, p. 286, el rubro de la jurisprudencia es: "REIVINDICACIÓN. POSESIÓN DEL DEMANDADO".

²⁰⁵ Tesis II.2o.C.164 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, abril de 1999, p. 485, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN REIVINDICATORIA. PROCEDE AUNQUE EL DEMANDADO ESTÉ EN POSESIÓN SOLO DE UNA FRACCIÓN DEL INMUEBLE".

²⁰⁶ Cfr. Tesis VI.2o.J/192, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, núm. 53, mayo de 1992, p. 65, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN REIVINDICATORIA.

- 2) A través de la prueba idónea, es decir, la prueba pericial en topografía.
- 3) A través de diversos medios de prueba idóneos, como la inspección judicial, la documental pública relativa a un informe de autoridad, etc.²⁰⁷.

Por su parte, el demandado en la acción reivindicatoria puede no realizar ninguna defensa sobre la cosa que se le reclama (sin negar su posesión), con la mera esperanza de que el actor no pueda acreditar los elementos de la acción y así, prevalezca en la posesión; también puede, como lo hemos advertido, declinar la acción al poseedor originario competente y así evadir los efectos de la acción; además, puede alegar que está facultado para poseer frente al propietario, en virtud de un derecho real o personal otorgado por este; finalmente, si el demandado se excepciona o reclama en vía de reconvencción, entonces, asume la carga probatoria de los hechos fundatorios de las mismas²⁰⁸.

1.3.1.5. La condena de la sentencia

La condena que se persigue en la sentencia al ejercer la acción reivindicatoria obedece al carácter declarativo y de condena que la definen y que describe el artículo 4 del Código de Procedimientos Civiles. El primero busca, ante todo, hacer cierto el derecho de propiedad y, en consecuencia, en reconocer al actor su calidad de propietario de la cosa que reclama, luego, tiene lugar la condena, en la que se

IDENTIFICACIÓN DEL INMUEBLE CUANDO SE HACE VALER COMO EXCEPCIÓN O ACCIÓN RECONVENCIONAL LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA”.

²⁰⁷ Cfr. Tesis I.110.C J/15, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 2003, el rubro de la jurisprudencia es: “ACCIÓN REIVINDICATORIA. PRUEBAS PARA ACREDITAR LA IDENTIDAD DEL BIEN”.

²⁰⁸ Cfr. Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. XIV, p. 246, el rubro de la jurisprudencia es: “REIVINDICACIÓN. EL DEMANDADO ESTÁ LEGITIMADO PARA Oponerse a ella, aun cuando no alegue ningún título de propiedad a su favor.” y Tesis III.2o.C.328 C, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VII, mayo de 1991, p. 132, el rubro de la jurisprudencia es: “ACCIÓN REIVINDICATORIA. CARGA PROBATORIA DE LA IDENTIDAD DEL INMUEBLE”.

impone una prestación al demandado, o sea, la entrega de la cosa con sus frutos y accesiones, así como el pago de los daños ocasionados al actor o a la cosa²⁰⁹.

Para lograr lo anterior, es necesario que el demandado se encuentre materialmente posibilitado a entregar la cosa, ya que en todos los casos en que el demandado la destruya, enajene o abandone, será condenado a pagar su estimación que se realizará a juicio de peritos, esto de conformidad con el artículo 7 del Código de Procedimientos Civiles²¹⁰. Asimismo, para condenar al pago de frutos, cualesquiera que hayan sido, dado su carácter de prestación accesoria, es necesario que durante el juicio se acredite su existencia, para que en la sentencia, se haga una condena genérica y se cuantifique el monto exacto en ejecución de sentencia, lo anterior, de acuerdo a lo establecido por los artículos 886, 887 y 895 del Código Civil de la Ciudad de México, y 85 y 515 del Código Procesal Civil²¹¹.

Para concluir, es importante advertir que, para fijar la condena sobre la restitución de frutos y en su caso, los gastos que hubiera hecho el poseedor, debe atenderse a la buena o mala fe con que este haya poseído, así el Código Civil establece cuatro hipótesis:

- 1) Poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión con título traslativo de dominio (artículo 810), tiene derecho a:
 - a) Hacer suyos los frutos percibidos durante su buena fe.

²⁰⁹ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXV, p. 1271, el rubro de la jurisprudencia es: "REIVINDICACIÓN".

²¹⁰ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CII, p. 2097, el rubro de la jurisprudencia es: "REIVINDICACIÓN. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO CAUSADO AL PROPIETARIO, EN CASO DE IMPOSIBILIDAD EN LA DEVOLUCIÓN DE LA COSA POR EL DEMANDADO".

²¹¹ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXXII, p. 217, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN REIVINDICATORIA, MOMENTO DE ACREDITAR LA EXISTENCIA DE FRUTOS Y ACCESIONES EN CASO DE." y Tesis I.3o.C. J/44, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 1437, el rubro de la jurisprudencia es: "CONDENA GENÉRICA O EN CANTIDAD LÍQUIDA, PARA DETERMINARLA EN RELACIÓN CON EL PAGO DE FRUTOS, INTERESES, DAÑOS O PERJUICIOS. EL JUZGADOR DEBE ATENDER A LA NATURALEZA PRINCIPAL O ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN RELATIVA Y A LA FORMA EN QUE SE DEMANDE".

- b) Exigir todos los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho y retener la cosa hasta que la sean pagados²¹².
 - c) Retirar las mejoras voluntarias si no causa daño (a menos que repare).
 - d) Exigir los gastos efectuados para la producción de los frutos naturales o industriales que no hizo suyos por estar pendientes al interrumpirse su posesión, así como el interés legal de los mismos.
 - e) Según el artículo 811, no responde del deterioro o pérdida de la cosa, aunque haya sido por hecho propio, a menos que hubiera recibido alguna utilidad de ello.
- 2) Poseedor por menos de un año, a título traslativo de dominio y de mala fe, que no obtuvo la posesión por hecho delictuoso (artículo 812), estará obligado y facultado para:
- a) Restituir los frutos percibidos.
 - b) Responder de la cosa por su pérdida o deterioro, sea por culpa o fuerza mayor, pero no por la pérdida natural e inevitable de las cosas por el transcurso del tiempo.
 - c) Exigir únicamente los gastos necesarios.
- 3) Poseedor en concepto de dueño, por más de un año, pacífica, continua y públicamente, pero de mala fe, no delictuosa (artículo 813), tiene derecho y está obligado a:
- a) Las dos terceras partes de los frutos industriales²¹³ de la cosa²¹⁴.

²¹² El Código Civil de la Ciudad de México, contempla tres tipos de gastos: necesarios, sirven para mantener la cosa o evitar que se desmejore; útiles, aumentan el precio o producto de la cosa; voluntarios, sirven de ornato de la cosa, al placer o comodidad del poseedor. *Cfr.* Artículos 817-819.

²¹³ El Código Civil clasifica los frutos en: naturales, son las producciones espontáneas de la tierra, las crías y demás productos de animales; civiles: los alquileres de bienes inmuebles, rentas de inmuebles, réditos de capitales, entre otros; industriales, los que producen las heredades o fincas de cualesquiera especie, mediante el cultivo o trabajo. *Cfr.* Artículos 888-890 y 893.

²¹⁴ La comisión redactora del Código Civil de 1928, lo consideró así, ya que siguiendo el principio de que la propiedad tiene una función social, “se cree de justicia que su esfuerzo productor sea

- b) A que se abonen los gastos necesarios y a retirar las mejoras útiles si puede separarlas sin causar daño.
 - c) Restituir los frutos naturales y civiles de la cosa.
 - d) Responder de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenida por su culpa.
- 4) Poseedor por hecho delictuoso (artículo 814), deberá:
- a) Restituir todos los frutos percibidos y los que haya dejado de producir por omisión culpable.
 - b) Responder de pérdida o deterioro de la cosa por su culpa o fuerza mayor.

1.3.1.6. El procedimiento para su ejercicio

El proceso de la acción reivindicatoria en la Ciudad de México, se ejercita por lo general, en la vía ordinaria civil²¹⁵, ante un Juez de primera instancia. Este Procedimiento puede explicarse a través de diversas etapas o fases procesales que establece la doctrina²¹⁶:

- A. Etapa preliminar. Esta etapa es eventual e incierta, ya que puede presentarse o no, según el caso concreto. El actor la puede utilizar en dos supuestos:

remunerado y que no debe pertenecer exclusivamente al propietario indolente el producto del trabajo de otro, solo por ser dueño de la cosa que fructifica”. García Tellez, Ignacio, *op. cit.*, p. 33.

²¹⁵ También puede ventilarse por medio de un juicio oral civil, siempre que el valor del inmueble o de la cosa que se reclame no rebase la cuantía de quinientos mil pesos, moneda nacional (artículo 969 del Código de Procedimientos Civiles). Estos juicios buscan evitar la prolongación de asuntos y la carga de trabajo de los tribunales, por tal razón, se sustentan en principios como los de continuidad y concentración, brindando así una justicia pronta. *Cfr.* Peña Oviedo, Victor, *Juicio oral civil y mercantil*, México, Editorial Flores, 2013, pp. 22 y 23. Sin embargo, dado el valor de los inmuebles en la Ciudad de México, el procedimiento más común en la actualidad es por mucho, el juicio ordinario civil.

²¹⁶ *Cfr.* Cipriano Gómez, Lara, *Teoría general del proceso*, 9a. ed., México, Oxford, 2002, pp. 99-102; Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 10a. ed., México, Oxford, 2016, pp.27-29; Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho procesal civil, teoría y clínica*, 2a. ed., México, Oxford, 2012, pp. 103-106.

- a) Para ejercer un medio preparatorio a juicio: si el actor necesita alguna confesión del futuro demandado acerca de su personalidad, calidad de posesión o tenencia; si el objeto se trata sobre una cosa mueble determinada, puede usarla para que el futuro demandado la exhiba; si el futuro actor necesita de algún documento para acreditar su propiedad y este se encuentra en manos del vendedor, puede ejercerlo para pedir su exhibición; puede también ejercerlo para proponer el estudio anticipado de testigos que por su edad avanzada, peligro de perder la vida o próximos a ausentarse, sea necesaria su declaración al no poder deducirse la acción en ese momento (artículo 193 fracciones I, II, V y VII del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México).
 - b) Para conseguir una medida precautoria: en el caso de que el accionante tenga el temor fundado de que el futuro demandado pueda dilapidar o destruir los bienes sobre los que haya de ejercer la acción real, puede pedir, en vía prejudicial, el secuestro judicial de los bienes (artículos 235 fracción II, 237 y 238 del código adjetivo).
- B. Etapa expositiva. Se considera la primera fase forzosa del procedimiento y tiene por objeto integrar la litis del caso.
- 1. El actor, al ejercer la acción reivindicatoria debe presentar su escrito inicial de demanda, en el que mencione los fundamentos de hecho y derecho en los que base su reclamación, acompañando todos los documentos en los que funde la acción. Una vez admitida la demanda por el juez, se ordena correr traslado con la demanda y copias de los documentos agregados para el demandado, y ordena emplazarlo para que produzca su contestación en el término de 15 días hábiles (artículos 95, fracción I y II, 255 y 256 del mismo código).
 - 2. Una vez emplazado a juicio, el demandado debe producir su contestación, en la cual, podrá:

- a) Negar la posesión: este supuesto pierde la posesión frente al actor (artículo 6 del código adjetivo).
 - b) Negar el derecho u omitir contestar (rebeldía): no asume obligación de probar nada, simplemente puede esperar a que el actor fracase en el ejercicio de la acción y prevalecer en la posesión (artículo 803 del Código sustantivo).
 - c) Declinar la acción: con ello evita los efectos de la acción al mismo tiempo que señala al poseedor originario indicado (artículo 7 del código adjetivo).
 - d) Allanarse: en este sentido se somete al dicho del actor y termina la controversia (artículo 274 del código adjetivo).
 - e) Plantear excepciones: asume la carga probatoria respecto de los hechos en los que las funde y motive (artículos 35 y 260 fracción V del código adjetivo).
 - f) Excepcionarse y plantear reconvencción: en vía de reconvencción puede hacer valer la prescripción adquisitiva, o bien, reclamar los gastos realizados en la cosa, para el caso de que el actor triunfe (artículo 260 fracción VI del código adjetivo).
3. Con las excepciones hechas valer por el demandado, se da vista al actor para que las conteste en el término de 3 días y, en su caso, si se interpuso reconvencción se ordena correrle traslado con la demanda y copias de los documentos que se hayan agregado, además de ordenar su emplazamiento para que en el término de 9 días produzca su contestación. (artículos 36, 260 fracción V, 272 del código adjetivo).
4. Hecho lo anterior, de oficio el juez fija la fecha para la audiencia y de conciliación, la cual deberá de verificarse dentro de los diez días hábiles siguientes. De igual forma, con la excepciones hechas valer por el actor reconvenido al contestar la demanda se le da vista al demandado reconvenccionista para produzca su contestación en el término de 3 días (artículo 272-A del código adjetivo).

C. Etapa de depuración, conciliación y de excepciones procesales

1. Si asisten ambas partes, el juez estudia la legitimación de las partes en caso de que esta haya sido planteada como excepción por cualquiera de ellas. Si el error es subsanable se concede un término de 10 días para que subsane, de no hacerlo, si se trata del demandado, el juicio sigue en rebeldía. Si no fuera subsanable la del actor, se sobresee el juicio y se ordena la devolución de documentos (artículos 35 fracción IV, 41 y 272-A del código adjetivo).
2. Comprobada la legitimación de las partes, el conciliador adscrito al juzgado, procura conciliar a las partes, proponiendo alternativas de solución. De llegar a un acuerdo, y de ser aprobado el convenio por el juez, el procedimiento termina y el convenio adquiere fuerza de cosa juzgada. De no ser así, se continúa con el estudio de las excepciones procesales.
3. Por último, el juez depura el procedimiento analizando las demás excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada.

D. Etapa probatoria

1. Al término de la audiencia de conciliación y de excepciones procesales, el juez abre el periodo de ofrecimiento de pruebas por un término común de 10 días, en el cual, las partes deben aportar todos los elementos de prueba con los cuales pretendan acreditar sus hechos base de la acción o de la excepción (artículo 290 del código adjetivo).
2. Fenecido el término anterior, el juez dicta su resolución en la que admite las pruebas que se encuentran ofrecidas legalmente y rechaza las que no lo estén o sean extemporáneas, contrarias a la moral, al derecho o no sean materia de controversia. En el mismo auto, el juez mandará a preparar las pruebas que lo requieran y señalará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia de desahogo de pruebas, que deberá verificarse dentro de los treinta días siguientes a la admisión (artículos 298, 299 y 385 del código adjetivo).

3. Llegada la fecha la audiencia, se celebrará desahogando las que se encuentren preparadas y, en caso de que faltaren otras pruebas por desahogar, se señalará nueva fecha de continuación que deberá verificarse dentro de los veinte días hábiles siguientes (artículos 299, 387 y 388 del código adjetivo).
4. Una vez verificada la audiencia de continuación o bien, de no existir más elementos probatorios, termina la fase probatoria.

E. Etapa conclusiva

1. Inmediatamente después de concluir con el desahogo de las pruebas, el juez pedirá a las partes que aleguen por sí, o a través de sus abogados o representantes, sea en forma oral, hasta por un cuarto de hora o bien, presentando sus conclusiones por escrito (artículos 393 y 394 del código adjetivo).

F. Etapa resolutive

1. Presentados los alegatos o conclusiones por las partes, el tribunal citará para sentencia, la que deberá emitirse en un término de 15 días hábiles después de que surta efectos la notificación del boletín judicial del auto donde se hubiera citado para sentencia y, solo en el caso de que el expediente sea voluminoso se podrá ampliar dicho plazo por diez días más (artículo 87 del código adjetivo).

G. Etapa impugnativa: es también una etapa eventual e incierta, ya que su presencia depende de la conformidad o inconformidad de las partes con la sentencia definitiva emitida por el juez civil.

1. Si alguna de las partes o ambas, se sienten agraviadas por la sentencia emitida por el juez civil de primera instancia, tienen derecho a presentar por

escrito los agravios que les haya causado tanto la sentencia definitiva, como los autos y resoluciones que hubiesen apelado en su momento, preventivamente. Para ello, tienen de un término de 12 días hábiles para presentar la apelación contra la sentencia ante el juez que la emitió (artículos 689, 691, 692 y 692-Quater del código adjetivo).

2. Interpuesta la apelación el tribunal la admitirá, calificando el grado²¹⁷ y dando vista a la contraria para que conteste los agravios en el término de 6 días. Hecho o no, el juez deberá enviar, dentro de los 5 días hábiles siguientes, los autos y documentos originales presentados por las partes a la Sala Civil que por turno corresponda conocer (artículos 693 y 701 del código adjetivo).
3. Al recibir las constancias anteriores, la sala estudiará si la apelación fue interpuesta en término y confirmará el grado con el que se admitió. De estar ajustado a Derecho, citará a las partes para emitir sentencia definitiva, la que deberá realizar en veinte días hábiles, si es que el número de apelaciones preventivas no son más de 6, si exceden de este número se podrá ampliar el plazo diez días más (artículos 704 y 707 del código adjetivo).
4. Emitida la sentencia definitiva, esta causará ejecutoria por ministerio de ley²¹⁸.

H. Etapa ejecutiva

1. Una vez que los autos regresan de la Sala al juzgado de origen, se notifica personalmente al demandado de la sentencia del juez o en su caso, de la Sala Civil para hacerle saber el plazo de cinco días hábiles que tiene para

²¹⁷ Según el artículo 694 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México, las apelaciones que se formulen contra la sentencia definitiva, en la vía ordinaria, proceden en ambos efectos, lo que suspende la ejecución de la sentencia.

²¹⁸ Contra la sentencia emitida en segunda instancia por la Sala Civil, procede aún el juicio de amparo directo, que debe interponerse en el término de quince días hábiles, contados a partir de la legal notificación de la sentencia emitida. Su procedimiento, según el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es de aproximadamente 6 meses, sin embargo, la materia de este medio de control constitucional queda fuera de los fines del presente trabajo, por tal razón no se explica a detalle. *Cfr.* Artículos 17 y 170 de la Ley de Amparo y Tesis P./J. 35/2018, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, enero de 2019, el rubro de la jurisprudencia es: “SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO. FORMA DE CALCULAR EL PLAZO QUE DEBE TOMARSE EN CUENTA A EFECTO DE FIJAR EL MONTO DE LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 132 DE LA LEY DE AMPARO”.

desocupar y entregar de forma voluntaria el inmueble o la cosa objeto de la sentencia (artículos 114 fracción V y 506 del código adjetivo).

2. Una vez que ha fenecido el término anterior, el actor deberá informar al juzgado sobre el incumplimiento del demandado para que el juez, a través del secretario actuario adscrito al juzgado, ordene requerir su entrega, para ello, en la diligencia respectiva se deberá asentar su cumplimiento u oposición.
3. Al existir oposición del demandado para desocupar y entregar el inmueble o la cosa determinada²¹⁹, el actor debe solicitar al juez que, con apoyo de la fuerza pública, se auxilie al secretario actuario para dar cumplimiento forzoso a la sentencia y en consecuencia, realizar el desalojo del inmueble, o la entrega forzosa de la cosa mueble, diligencia en la que se hará constar la entrega de la posesión al actor (artículo 525 del código adjetivo).

Del análisis anterior, puede colegirse que el procedimiento ordinario civil de la Ciudad de México, es eminentemente escrito, además, el plazo que separa sus etapas procesales es muy amplio, sin dejar de mencionar que las mismas pueden agotarse en dos o más actos procesales, lo que ocasiona que este sea tardado, lento y por ende, que las cuestiones sobre propiedad no se resuelvan de manera pronta.

2. La posesión

2.1 Concepto

La doctrina mexicana, al hablar del tema de la posesión, señala que es un tema lleno de confusiones y contradicciones, lo que puede confirmarse, con el contenido de los tópicos a que nos referiremos a continuación.

²¹⁹ Las constancias del juicio en el que se actúe, donde obre la oposición del demandado, son necesarias, no solo para que el juez solicite el apoyo de la fuerza pública, sino también, para que la Secretaría de Seguridad Pública de la Ciudad de México motive su actuar y valore, entre otros requisitos, la forma de proceder al momento de realizar la entrega forzosa, para ello, el juzgado deberá enviar copia certificada de dichas diligencias de oposición. *Cfr.* Punto segundo del acuerdo 39-14/2016 del Consejo de la Judicatura de la Ciudad de México, aprobado el veintinueve de marzo y publicado en el boletín judicial número 60, el cuatro de abril, ambas fechas, del mismo año.

Nuestro código civil, en su artículo 790 define no a la posesión, sino a la persona que se reputa poseedora, dice el citado precepto: “es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él”²²⁰. De lo anterior se deduce, que el código civil concede el título de poseedor a quien ejecuta actos materiales sobre una cosa, esto es, quien ejerce el *corpus* sobre ella, sin tomar en consideración la intención del poseedor de querer poseer a título de dueño o bien, si tiene un título jurídico que le permita poseer con tal carácter.

Lo anterior puede afirmarse, con base en la exposición de motivos de la comisión redactora del Código Civil de 1928 en la que se menciona que “se ensayó implantar la teoría objetiva de la posesión”, en la cual, no se exige para conceptuar poseedora a alguna persona el *animus domini* de la escuela clásica o subjetiva²²¹, sino que

²²⁰ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXIX, p. 5153, el rubro de la jurisprudencia es: “POSESIÓN, PROTECCIÓN DE LA, AUNQUE NO SEA A TÍTULO DE DUEÑO”.

²²¹ La teoría subjetiva de la posesión, fue propuesta por Friedrich Karl von Savigny, en su obra “tratado de la posesión”, en la que definía a la posesión como “una relación o estado de hecho que da a una persona la posibilidad física, actual, inmediata y exclusiva de ejercer actos materiales de aprovechamiento sobre una cosa con el *animus domini* o *animus rem sibi habendi*”. Esta teoría puede resumirse en tres puntos: 1. La relación o estado de hecho se manifiesta a través del *corpus* (conjunto de actos materiales sobre la cosa), 2. Este estado de hecho le da a la persona el poder físico, actual, inmediato y exclusivo sobre la cosa y, 3. Para que exista posesión, se requiere del *animus domini* o *animus rem sibi habendi* (elemento psicológico), esto es, la voluntad de adquirir la posesión en concepto de dueño, de tenerla para sí, excluyendo a los demás, pues según Savigny, todos los casos de posesión que había en el Derecho romano, implicaban *corpus* y *animus*, salvo casos expresos donde a pesar de no haber voluntad o *animus domini* en la persona, el Derecho romano los consideró como posesión (a estos casos Savigny les llama “posesión derivada”, tales como el acreedor pignoraticio y el *sequester*, donde a su juicio, el propietario deriva su *animus domini* al detentador). Dentro de esta teoría, Savigny propone una presunción legal del *animus domini*, por ende, en caso de controversia, el detentador debía demostrar el *corpus* y el título que se lo otorgaba. Por su parte, Rudolf von Ihering, en sus obras “el fundamento de la protección posesoria y el papel de la voluntad de la posesión” criticó la tesis de Savigny, en tres puntos. 1. Crítica lógica: en esta, Ihering sostuvo que las bases y métodos de la teoría subjetiva eran falsos, ya que demostró que en varios casos, el Derecho romano concedió el carácter de posesión a hechos donde no había *animus domini*, también afirmó que la regla en Derecho romano, era que toda detentación donde había poder físico sobre las cosas era posesión y el derecho excluía ciertas figuras que no lo eran, tales como en el arrendamiento o depósito, donde una persona poseía a nombre de otro, 2. Crítica interna: Ihering atacó la tesis de Savigny en sus postulados fundamentales demostrando en esencia, que en el Derecho romano una persona podía carecer del *animus domini* y sin embargo, aun poseyendo la cosa para otra persona, sí se consideraban poseedores (tales como el representante indirecto, el acreedor pignoraticio o el *sequester*), además, demostró la veracidad de que un detentador sí puede poseer la cosa con interés para él, sin que en el caso, el derecho lo considerara poseedor (por ejemplo el arrendatario), contradiciendo así el principio de que un detentador no puede tener *animus rem sibi habendi* y, 3. Crítica práctica: Ihering demostró que la presunción del *animus domini* que Savigny incluía en su tesis, no hacía más que suplir un elemento subjetivo por un elemento formal (la necesidad del poseedor de acreditar el título u origen de la posesión en lugar del *animus domini*), de lo anterior

basta para ser considerado poseedor que se ejerza un verdadero poder de hecho sobre la cosa.²²²

En esta virtud, tal y como sostiene Rojina Villegas, la posesión es “un poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre una cosa para su aprovechamiento parcial o total, o para su custodia, como consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal o de una situación contraria a derecho”²²³. Este enunciado nos refiere que el poder físico que ejerce una persona sobre una cosa, debe valorarse de acuerdo a una apreciación objetiva, la cual se infiere a través de los sentidos, o sea, un contacto material del hombre con la cosa cuya finalidad es obtener de ella un cierto aprovechamiento, el cual puede nacer de un derecho real (como el usufructo), de un derecho personal (como el arrendamiento) o bien, de una situación contraria a derecho (como una persona que posee de forma clandestina), ya que como se ha dicho, en todos estos casos, el derecho no exige que la posesión se encuentre fundamentado en un título de propiedad.

Ahora bien, de la definición anterior se aprecia que el objeto de la posesión son las cosas, en contraposición, el código civil en sus artículos 790 y 794, indica con claridad que la posesión también puede tener por objeto a los derechos. Dicen los artículos en cita: “790.-...posee un derecho el que goza de él; 794.- solo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación”, por su parte, la doctrina se encuentra dividida, pues existen autores que apoyan la tesis del Código Civil, quienes afirman incluso, que la única posesión que existe es sobre los derechos y no sobre las cosas, mientras que otros, niegan la posibilidad de que el poder físico, característico de la posesión, pueda realizarse sobre cualquier otro bien que no sea material²²⁴.

Ihering concluye que existen en la posesión dos elementos, *corpus* y *animus*; el primero es la manera de exteriorizar el *animus* mediante un conjunto de hechos que demuestran la explotación económica de la cosa y que son la forma visible de la propiedad, es decir, que todo fenómeno de explotación económica trae en el fondo un propósito y este es el que constituye el *animus*, siendo así afirma que mientras un texto legal no declare (al igual que en el Derecho romano) que un caso es detentación, todos los detentadores deben ser reputados como poseedores. Cfr. Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, pp. 593-617 y Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, pp. 102-127.

²²² Cfr. García Tellez, Ignacio, *op. cit.*, p. 31.

²²³ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, pp. 654-656.

²²⁴ Partidarios de la primera opinión: Azua Reyes, Sergio T. *op. cit.* p. 163: “solo son susceptibles de posesión los derechos, ya sean reales ya personales...el hecho de tener una cosa solo es la imagen externa, el síntoma de la posesión de un derecho”; De Pina Rafael, *op. cit.*, p. 38, Galindo Garfias,

2.2 Tipos de posesión

El Derecho civil de la Ciudad de México, establece tres tipos de posesión atendiendo a su origen o procedencia, una llamada originaria, otra derivada y una que se ha denominado “posesión útil o posesión sin título”; a lado de estas posesiones contempla una llamada detentación.

Tanto la posesión originaria como la derivada encuentran su fundamento en el artículo 791 del Código Civil, que dice “cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria, el otro, una posesión derivada”. Por tal motivo, el código civil señala como poseedor originario al propietario cuyo poder jurídico se encuentra amparado en un título suficiente para transmitir el dominio, es decir, quien posee en concepto o a título de dueño. Esta posesión es la que más interesa al tema de la propiedad, pues es la única que sirve para que una persona pueda convertirse en propietaria a través de la usucapio o prescripción adquisitiva²²⁵; a este tipo de poseedores, cuando la calidad de su título no les permite actuar como propietarios, se les concede la acción publiciana o plenaria de posesión como medio de defensa.

Por su parte, el poseedor derivado es aquél que recibe la cosa del poseedor originario y quien, propiamente, ejerce un poder físico de aprovechamiento sobre la cosa, a dichas personas, a pesar de ser consideradas como poseedoras por el

Ignacio, *Derechos reales y sucesiones*, 2a. ed., México, Porrúa, 2017, p. 103.; Arce y Cervantes, José, *op. cit.*, p. 25; De Ibarrola, Antonio *op. cit.*, p. 166; en contraposición: Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 654; Rico Álvarez, Fausto, *Derechos reales y posesión*, México, Porrúa, 2017, p. 35: “la posesión es un hecho que se manifiesta en la detentación de cosas tangibles. Los derechos, al ser intangibles, no pueden ser detentados. Quien goza de un derecho no lo posee, sino que es titular del mismo.”; Güitrón Fuentes, Julián, *Tratado de derecho civil, de la posesión, prescripción, usucapio y caducidad*, México, Porrúa, 2015, t. XII, pp. 2 y 35. Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXV, p. 1095, el rubro de la jurisprudencia es: “DERECHOS PERSONALES, POSESIÓN DE LOS”.

²²⁵ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXIX, p. 5316, el rubro de la jurisprudencia es: “POSESIÓN EN CONCEPTO Y A TÍTULO DE PROPIETARIO, EQUIVALENCIA ENTRE ESTAS EXPRESIONES”.

código civil, no se les concede la acción publicana, sino que les queda como medio de defensa los interdictos posesorios.

En este punto debemos advertir que la comisión redactora del código civil, consideró viable, dar el carácter de poseedor, tanto al propietario que trasmite la cosa, como a la persona que la recibe para ejercer actos materiales directos de aprovechamiento, ya que era necesario “proteger un estado de hecho que tiene valor social y económico por sí mismo”²²⁶, es decir, para dar protección jurídica tanto al propietario como al poseedor, de ahí que el artículo 792 del código en comento establezca “en caso de despojo, el que tiene la posesión originaria goza del derecho de pedir que sea restituido el que tenía la posesión derivada, y si este no puede o no quiere recobrarla, el poseedor originario puede pedir que se le dé la posesión a él mismo”. Dicho artículo establece una facultad subsidiaria para el propietario puesto que “su actualización depende de que el poseedor derivado no pueda o no quiera recuperar la posesión de la cosa” o bien, que no desee hacer uso de los mecanismos de defensa que le conceden los artículos 16 y 17 del código adjetivo, que protegen al poseedor derivado, por medio de los interdictos²²⁷.

Asimismo, de la lectura de la citada exposición de motivos se aprecia que la comisión redactora quiso regular un tercer tipo de posesión, llamada posesión útil o posesión sin título que encuentra su regulación en los artículos 790, 798, 803, 806 y 807, entendiéndose por aquella “todo poder físico de hecho que se adquiere sobre una cosa independientemente de toda autorización de su dueño”, es decir, el poder físico sin derecho alguno que al fin de cuentas, rinde un aprovechamiento al poseedor. Esto fue lo que motivó a la comisión redactora a regular dicha posesión dado que “el

²²⁶ García Tellez, Ignacio, *op. cit.*, p. 31. Como establece el maestro García Luque al comentar el artículo en cita: “el no contemplar al poseedor originario hubiera ocasionado graves consecuencias prácticas, comenzando por la imposibilidad de adquirir por usucapión. La solución, entonces, parece atinada, no obstante la contradictoria introducción brindada por el código civil: son poseedores los que ejercen un poder de hecho sobre una cosa (artículo 790), aunque hay quienes ejercen dicho poder pero no se consideran poseedores (artículo 793), y también quienes a pesar de no ejercer poder alguno sí se reputan poseedores (artículo 791)”. Adame Goddard, Jorge (coord.), *Código Civil Federal comentado, libro segundo, de los bienes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 40.

²²⁷ Cfr. Azua Reyes, Sergio T. *op. cit.*, p. 173 y Adame Goddard, Jorge (coord.), *Código Civil Federal...cit.*, p. 42. Tesis III.2o.C.21 C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, junio de 1999, p. 965, el rubro de la jurisprudencia es: “POSESIÓN, CONCEPTO DE, SUSCEPTIBLE DE TUTELA CONSTITUCIONAL. CASO DE EXCEPCIÓN”.

poseedor hacía producir la cosa poseída, pues el beneficio que con esto obtiene la colectividad amerita que se reconozca esa posesión como capaz de producir efectos jurídicos...merece más protección el individuo que sin ser propietario, tiene una cosa en su poder, la beneficia debidamente y la hace producir para satisfacer necesidades sociales, que el propietario indolente que mantiene ociosa su propiedad”²²⁸.

Finalmente, el código civil en su artículo 793 establece la figura de la detentación señalando que “cuando se demuestra que una persona tiene un su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de este, en cumplimiento de las ordenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor”. Dicho artículo reputa detentador a la persona que se encuentra en situación de dependencia respecto al propietario, sea por motivos de amistad, benevolencia, parentesco o en virtud de una relación de trabajo, ya que el beneficio o aprovechamiento reierte en el patrimonio del propietario, no del detentador, y de acuerdo con el contenido de la exposición de motivos que hemos citado, solo se reputa poseedor a quien ejerce un verdadero poder de hecho sobre la cosa en provecho del que la tiene. A estos detentadores, el Código Civil no les concede defensa procesal alguna²²⁹.

2.3 Defensa de la posesión

La defensa de la posesión en el Derecho Civil de la Ciudad de México se realiza mediante dos acciones de carácter real. La primera es la acción publiciana, que como hemos dicho, protege de forma definitiva la posesión jurídica o posesión originaria; mientras que las acciones interdictales, defienden de manera provisional, la posesión material o de hecho.

²²⁸ García Tellez, Ignacio, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

²²⁹ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCIX, p. 1787, el rubro de la jurisprudencia es: “POSESIÓN EN VIRTUD DE DEPENDENCIA CON EL PROPIETARIO DE LA COSA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO)” y Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XI, marzo de 1993, p. 335, el rubro de la jurisprudencia es: “PRESCRIPCIÓN, CUANDO LA POSESIÓN QUE OSTENTA EL QUEJOSO ES POR CAUSA DE DEPENDENCIA (PADRE A HIJO) ESTA NO ES APTA PARA QUE OPERE LA”.

2.3.1 La acción publiciana o plenaria de posesión

2.3.1.1 Concepto

A pesar de que el Derecho mexicano considera a la posesión como una situación de hecho, sí regula los efectos jurídicos que surgen de ella, en especial el efecto de que “a todo poseedor se le presume propietario”, presunción legal que fundamenta la defensa jurídica de esta situación de hecho, contenida en el artículo 798 del código civil que afirma “la posesión da al que la tiene la presunción de propietario para todos los efectos legales. El que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario; pero si es poseedor de buena fe tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído”. Dicho artículo en la primera parte, separa la presunción que aplica sobre el poseedor originario, caso en el cual, el poseedor se considera propietario cuando enfrenta, como demandado, la reclamación de terceros²³⁰ y, en su segunda parte, especifica que la presunción, tratándose de poseedores derivados, al no poder ser propietarios, únicamente autoriza a presumir que obtuvieron su derecho real o personal del titular²³¹.

Esta presunción legal de propiedad, tiene una naturaleza *iuris tantum*, pues admite prueba en contrario, o sea, que el poseedor o presunto propietario, puede ser vencido en juicio por el demandante poseedor originario, quien afirma tener un mejor derecho para poseer que él, así lo establece el artículo 803 del código civil que dice “todo poseedor debe ser mantenido o restituido en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer”, dicho en otras palabras, la presunción de propiedad cede ante el mejor derecho del adversario. Para destruir esta presunción, es necesario el efectivo ejercicio de la acción publiciana o plenaria de posesión que debe realizar el poseedor originario.

²³⁰ En estos casos se arroja la carga de la prueba al demandante, ofreciendo al demandado una posición más cómoda en el juicio. *Cfr.* De Ibarrola, Antonio, *op. cit.*, p. 176 y Arce y Cervantes, José, *ob. cit.*, p. 27.

²³¹ Adame Goddard, Jorge (coord.), *Código Civil Federal... cit.*, pp. 47 y 48.

Por lo anterior, podemos concebir a la acción publiciana como el mecanismo de defensa que se concede al poseedor originario o a título de dueño y de buena fe contra todo poseedor que no tenga un mejor derecho para poseer, cuyo efecto es que se le restituya la posesión definitiva de la cosa con sus frutos y accesiones²³². Siendo así, este medio de defensa se caracteriza como una acción civil, real, indeterminada, privada y de condena que protege la posesión jurídica (amparada en un justo título) y no la material de quien puede encontrarse o no, en vías de prescribir²³³.

2.3.1.2 Enunciado del artículo 9 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México

La acción publiciana o plenaria de posesión encuentra su fundamento sustantivo en el artículo 803 del código civil al que hemos hecho referencia con anterioridad, asimismo tiene su regulación expresa en el artículo 9 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México, cuyo enunciado es el siguiente:

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

²³² Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXIV, p. 1527, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN PUBLICIANA".

²³³ Cfr. Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 79, sexta parte, p. 16, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN. SU EJERCICIO SOLO ESTÁ LIMITADO POR LA SUBSISTENCIA DE SUS SUPUESTOS"; Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, enero de 1991, p. 98, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN PUBLICIANA O PLENARIA DE POSESIÓN" y Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XI, febrero de 1993, p. 198, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIONES REIVINDICATORIA Y PUBLICIANA. DIFERENCIA FUNDAMENTAL ENTRE LAS".

Del enunciado anterior se aprecia, que la acción publiciana se concede al poseedor originario o a título de dueño quien puede ejercerla contra diversos tipos de poseedores que, en común, no tienen mejor derecho a poseer que él, además, el artículo en cita señala que el poseedor originario actúa como si fuese propietario, pues dicha acción le es concedida “aun cuando no haya prescrito” y sin embargo, su justo título y su buena fe²³⁴ le permitan ostentarse como propietario. Asimismo, en el enunciado se hace mención de la falta de legitimación pasiva, esto es, las personas contra las que no puede prosperar la acción plenaria de posesión, tal como el demandado que tiene su título registrado así como contra el legítimo dueño.

2.3.1.3 Legitimación activa y pasiva

Según el artículo 9 del Código adjetivo civil de la Ciudad de México, se encuentra legitimado activamente para el ejercicio de la acción publiciana únicamente el adquirente con justo título y de buena fe que no tiene la posesión de la cosa, siendo este, quien se ostenta como propietario o a título de dueño, es decir, solo al poseedor originario y no al derivado²³⁵.

Ahora bien, el título que ampara al adquirente puede originar dos hipótesis: 1. Que el documento del reclamante sea un título de propiedad y en consecuencia, será propietario en Derecho, en tal caso, al reclamante no le interesa afirmarse como propietario en el juicio plenario, sino solo demostrar que tiene mejor derecho para poseer que el adversario; 2. Que el título del reclamante por el cual adquirió la posesión sea, en principio, suficiente para transmitir la propiedad, como la compraventa, donación, dación en pago o testamento, sin embargo, debido a la

²³⁴ En este punto, resulta pertinente la crítica realizada por Rojina Villegas “¿Por qué se habla aquí de justo título de la posesión cuando el código civil para nada emplea semejante frase? Hay aquí un resabio del criterio subjetivo de la posesión que debería ser cuidadosamente eliminado por el legislador a fin de mantener el puro criterio objetivo del código”. Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, pp. 710 y 711.

²³⁵ *Cfr.* Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXIX, p. 1404, el rubro de la jurisprudencia es: “ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN” y Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 145-150, cuarta parte, p. 10, el rubro de la jurisprudencia es: “ACCIÓN PUBLICIANA O PLENARIA DE POSESIÓN. A QUIEN COMPETE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA)”.

calidad (o vicio) de su título solo le trasmite posesión (sea por falta de forma, o por ausencia de inscripción del título en el Registro Público de la Propiedad), aunque dicho título sea suficiente para que se ostente como si fuera propietario²³⁶.

Por su parte, la legitimación pasiva se da contra el poseedor que no tiene título, contra el poseedor de mala fe, o contra el que teniendo título y de buena fe ha poseído por menos tiempo que el reclamante²³⁷. Por último, de la lectura del artículo en comento, se infiere que la acción publiciana no puede dirigirse contra el poseedor que tuviere registrado su título de propiedad, tampoco si las posesiones del actor y demandado resultan dudosas²³⁸, asimismo, no puede dirigirse contra el legítimo dueño, quien tiene la excepción de justo dueño como defensa, con lo cual, destruye los efectos de la acción²³⁹.

2.3.1.4 Elementos que deben acreditarse

Al poseedor originario o a título de dueño, que puede encontrarse en vías de prescribir, aun cuando no lo haya hecho, cuando cree tener mejor derecho para poseer que el que tiene el demandado, le corresponde acreditar los elementos de la acción publiciana o plenaria de posesión que se desprenden del enunciado del

²³⁶ Cfr. Tesis 3a./J 1/94, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Núm. 74, febrero de 1994, p. 15, el rubro de la jurisprudencia es "ACCIÓN PUBLICIANA O PLENARIA DE POSESIÓN. PUEDE SER INTENTADA TANTO POR EL PROPIETARIO COMO POR EL POSEEDOR DE LA COSA" y Tesis II.2o.C. J/21, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, abril de 2005, p. 1239, el rubro de la jurisprudencia es "JUSTO TÍTULO EN LA ACCIÓN PLENARIA O PUBLICIANA, QUE DEBE ENTENDERSE POR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO)".

²³⁷ En este caso, al poseer por menos tiempo que el demandante, surte efectos la presunción contenida en el artículo 798 del código civil que dice "la posesión da al que la tiene la presunción de propietario", en consecuencia, el demandado debe mostrar un título de fecha anterior de aquel que ampara al actor.

²³⁸ Como es evidente, todas estas legitimaciones son de la causa, y por tanto, deben estudiarse hasta el momento de la sentencia definitiva, siendo así, en principio, la acción puede ser ejercitada contra cualquier poseedor que se estime que no tiene mejor derecho a poseer. Cfr. Tesis VI.3o.C. J/67, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 1600, el rubro de la jurisprudencia es "LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. SOLO PUEDE ESTUDIARSE EN LA SENTENCIA DEFINITIVA".

²³⁹ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXVII, p. 109, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN PUBLICIANA, EXCEPCIÓN OPONIBLE A LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO)".

artículo 9 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México²⁴⁰. Cabe advertir que dichos elementos son distintos de aquellos que se piden para la usucapio o prescripción adquisitiva. Estos elementos son:

- a) Que el actor tiene justo título para poseer.
- b) Que su título es de buena fe.
- c) Que el demandado posee el bien que reclama.
- d) Que es mejor el derecho del actor que el que alega el demandado.

Por lo que hace al primer elemento relativo al “justo título”, la jurisprudencia ha determinado que debe considerarse como tal: 1. Al documento que constituye un título de propiedad que concierne a la trasmisión de la propiedad y, 2. El documento que en principio sería apto para transmitir el dominio pero que, debido a un vicio ignorado por el adquirente solo le trasmite la posesión. Estas nociones de justo título pueden entenderse también como la causa generadora de la posesión²⁴¹. Sin embargo, debe precisarse que como la acción publiciana protege la posesión jurídica, no es necesario que se acredite que el demandante había disfrutado de la posesión material que le ampara su justo título²⁴².

Por su parte, la buena fe consiste en la creencia que tiene el actor de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y por tanto, podía transmitir el dominio, en consecuencia, según el artículo 806 del código sustantivo civil, para acreditar la buena fe se necesita: 1. Un título suficiente o causa generadora de la posesión y, 2. La ignorancia de vicios sobre el justo título. Asimismo, el artículo 807

²⁴⁰ La primera jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte que habló de los requisitos de la acción publiciana, tenía tres elementos: 1. Que quien la ejercite sea poseedor en derecho de la cosa que reclama, 2. Que aquél contra quien se dirija carezca de derecho para retenerla, o sea inferior al del demandante y 3. Que se acompañe el justo título en que se funda la acción. *Cfr.* Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXIV, p. 1527, el rubro de la jurisprudencia es: “ACCIÓN PUBLICIANA”. Tiempo más tarde, se publicó un primer criterio por la Sala auxiliar que hacía mención del elemento de la buena fe. *Cfr.* Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXII, p. 1756, el rubro de la jurisprudencia es: “ACCIÓN PUBLICIANA, PROCEDENCIA DE LA”.

²⁴¹ *Cfr.* Tesis II.2o.C. J/21, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, abril de 2005, p. 1239, el rubro de la jurisprudencia es “JUSTO TÍTULO EN LA ACCIÓN PLENARIA O PUBLICIANA, QUE DEBE ENTENDERSE POR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO)”.

²⁴² Tesis 1a./J 13/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, marzo de 1998, p. 1239, el rubro de la jurisprudencia es “ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN. NO ES REQUISITO DEMOSTRAR HABER DISFRUTADO DE LA POSESIÓN MATERIAL DEL BIEN”.

del mismo ordenamiento, establece que la buena fe se presume siempre, y al demandado que afirma la mala fe le corresponde la carga de la prueba²⁴³.

Al ser la acción publiciana o plenaria de posesión una acción real, resulta lógico pensar que el tercer elemento, consistente en que el demandado posea el bien que se reclama, y el cuarto elemento, referente a que sea mejor el título del reclamante que el del poseedor, se acreditan al igual que en la acción reivindicatoria²⁴⁴.

De igual manera, el demandado puede asumir cualquiera de las posiciones reconocidas por los artículos 5 y 6 del código adjetivo de la materia, esto es, puede no realizar ninguna defensa sobre la cosa que se le reclama (sin negar su posesión), con la mera esperanza de que el actor no pueda acreditar los elementos de la acción y así, prevalezca en la posesión; también puede, como lo hemos advertido, declinar la acción al poseedor competente y así evadir los efectos de la acción; además, puede alegar que está facultado para poseer frente al reclamante, en virtud de un derecho personal otorgado por este²⁴⁵.

2.3.1.5 La condena de la sentencia

El poseedor originario, al actuar a semejanza de propietario, busca los mismos efectos que en la acción reivindicatoria, según lo indica la parte específica del artículo 9 del código de procedimientos civiles "...le restituya la cosa con sus frutos y accesiones en los términos del artículo 4...". Ahora bien, dado el carácter de condena que tiene la acción, debe afirmarse que el único fin que persigue este medio de defensa es resolver quién tiene mejor derecho a poseer y como consecuencia, condenar al demandado a restituir la cosa con frutos, accesiones y aún, con abono

²⁴³ Tesis II.3o.C.10 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, septiembre de 2010, p. 700, el rubro de la jurisprudencia es "ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN O PUBLICIANA, LA BUENA FE COMO ELEMENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO)".

²⁴⁴ Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCVIII, p. 1299, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN PUBLICIANA, ESTUDIO DE LOS TÍTULOS DE LAS PARTES EN CASO DE".

²⁴⁵ Cfr. Tesis II.2o.C. 89 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, marzo de 1998, p. 759, el rubro de la jurisprudencia es "ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN O PUBLICIANA. SU PROCEDENCIA CUANDO EL DEMANDADO NIEGA TENER POSESIÓN DERIVADA".

de menoscabos²⁴⁶ tomando en cuenta la buena o mala fe del poseedor vencido y el tiempo que tenía en su posesión, según lo precisado en los artículos 810, 811, 812, 813 y 814 del código civil.

Sin embargo, como establece la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a que hemos hecho referencia, esta acción no busca declarar dominio sobre la cosa, pues no es declarativa y tampoco produce el efecto de cosa juzgada en el pleito sobre propiedad, en virtud de que persigue solo una posesión definitiva.

2.3.1.6 El procedimiento para su ejercicio

El proceso de la acción publiciana en la Ciudad de México, se ejercita por lo general, en la vía ordinaria civil (también puede ser mediante la vía oral civil) ante un Juez de primera instancia. Dicho procedimiento se ventila en las mismas etapas y plazos que hemos expuesto en el capítulo relativo de la acción reivindicatoria.

2.3.2 Los interdictos

2.3.2.1 Concepto

Los interdictos en el Derecho mexicano, pueden concebirse como acciones reales que tienen por objeto proteger la posesión material provisional o interina sobre bienes inmuebles o derechos reales que se hayan constituido sobre ellos.

En efecto, en el Derecho civil de la Ciudad de México, los interdictos son acciones que se ventilan dentro de un procedimiento judicial, a través de una vía ordinaria civil²⁴⁷ que por demás es lenta y de larga duración²⁴⁸. Asimismo, la

²⁴⁶ Cfr. De Ibarrola, Antonio, *op. cit.*, p. 188.

²⁴⁷ El 13 de marzo de 1973 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que reforma y adiciona el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios, en el cual, se derogaron todos los juicios sumarios convirtiéndolos en ordinarios, excepto aquellos que se denominaron “juicios especiales”, siendo así, los juicios interdictales que eran sumarios, pasaron a ser ordinarios. Cabe resaltar que la única intención del legislador con la reforma fue “terminar con el

jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido la naturaleza de los interdictos como acciones reales, dado que se ejercitan con la finalidad de poner fin a la perturbación o despojo en contra de cualquier persona que lo cometa, sin embargo, parte de la doctrina mexicana se ha pronunciado en desacuerdo, afirmando que su naturaleza jurídica es la de ser acciones eminentemente personales²⁴⁹.

Los interdictos posesorios, buscan proteger la posesión material sobre bienes inmuebles o sobre derechos reales constituidos sobre estos, es decir, en los juicios interdictales se prescinde de la situación legal que pueda amparar o no a una persona a ejercer actos de aprovechamiento sobre una cosa, ya que se busca proteger el mero poder físico de hecho que una persona tiene sobre una cosa, lo que favorece a que las personas no busquen hacerse justicia por propia mano perturbando o despojando a su adversario, quien quizá, no cuenta con ningún

exceso de tramitaciones especiales que caracterizan a la legislación actual”, dicha reforma, como observa García Luque, no fue objeto de modificación ni materia de debate en ninguna de las cámaras legisladoras. Aún más, resulta cuestionable el argumento formulado por el senador Raúl Lozano Ramírez, sobre la propuesta de reforma, que nos tramite el citado autor, en la que se evidencia la intención de dicha reforma: “En esencia se trata de establecer una nueva figura procesal que participa del juicio ordinario y a la vez del juicio sumario para eliminar la gran variedad de cauces por medio de los cuales se pone a funcionar el Poder Judicial para impartir justicia, dejando que la formalidad sea sólo un medio de seguridad y no un sistema de entorpecimiento en los trámites del juicio. Sobre todo se impide que el Legislador establezca preferencias para el ejercicio de ciertas acciones y discrimine otros derechos cuando sea necesario reclamar su eficacia y cumplimiento. No hay razón para que en algunos casos se fijen plazos cortos para hacer el procedimiento breve y en otros se establezcan términos mayores, pues a juicio de los interesados todas las acciones tienen igual y propio valor; y para el juzgador tampoco debe haber diferencias sobre la causa que se somete a su decisión”. García Luque, José Antonio, *op. cit.*, p. 489.

²⁴⁸ Por esta razón, la doctrina concibe a estos medios de defensa como inútiles, dada su ineficacia práctica, pues no ayudan a conseguir una solución rápida y eficaz. Cfr. Pallares, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 26a. ed., México, Porrúa, 2001, p. 432 y Agudín Colmenares, María de la Paz, “La protección de la posesión en el sistema jurídico mexicano”, en Adame Goddard, Jorge (Coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 464 y 465.

²⁴⁹ Cfr. Sexta Época, *Informe 1958*, p. 70, el rubro de la jurisprudencia es: “INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN. ES ACCIÓN REAL LA QUE SE EJERCITA” y Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. XVI, p. 9, el rubro de la jurisprudencia es: “ACCIONES REALES. COMPETENCIA EN MATERIA CIVIL”. En contrario se pronuncia Eduardo Pallares, quien afirma “jurisconsultos tan eminentes como Savigny las han calificado de personales, pero muchos otros de reales. Me adhiero a la primera opción y subrayo la circunstancia de que en el interdicto de despojo está implícita, casi siempre, una acción penal contra el despojante, acción que por su propia naturaleza es de índole personal”. Pallares, Eduardo, *Diccionario de derecho... cit.*, p. 431.

derecho para alegar ante un juez tal injusticia, manteniendo con ello, el orden público²⁵⁰.

De igual forma, los interdictos posesorios tienen como finalidad proteger la posesión material provisional o interina, esto es, buscan proteger un estado de hecho, como hemos expuesto, con el propósito principal de mantener la situación en el estado que guarda en tanto se resuelve en un juicio posterior, la cuestión jurídica definitiva, sea de propiedad (acción reivindicatoria) o de posesión definitiva (acción publiciana o plenaria de posesión)²⁵¹. De los puntos anteriores, la doctrina ha desarrollado varias directrices a considerar en la cuestión de fondo de los interdictos posesorios, a saber:

- a) En los juicios interdictales no se resuelven cuestiones de propiedad, ni de quién tiene mejor derecho a poseer. Se protege el poder físico de hecho que una persona tiene o tenía sobre una cosa.
- b) Las pruebas sobre propiedad no deben ser analizadas en el juicio interdictal a menos que traiga aparejada la prueba de la posesión.
- c) La sentencia del juicio interdictal puede ser modificada por la resolución que se dicte en el juicio reivindicatorio o plenario de posesión, es decir, no produce cosa juzgada.
- d) Quien promueve sin éxito un juicio interdictal, puede ejercer luego el juicio petitorio, pero si este se ejercita primero de forma adversa, no se podrá ejercer después el juicio interdictal²⁵².

Como punto final, debemos señalar que los interdictos posesorios encuentran su fundamento tanto en la propia Constitución Política de los Estados Unidos

²⁵⁰ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. I, p. 61, el rubro de la jurisprudencia es: "PROPIEDAD Y POSESIÓN DEFINITIVAS"; Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIV, p. 1198, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTOS" y Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, p. 1113, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN".

²⁵¹ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXIX, p. 573, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN" y Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. III, p. 113, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTOS, NATURALEZA DE LOS".

²⁵² Cfr. Azaa Reyes, Sergio T., *op. cit.*, p. 186 y García Luque, José Antonio, *op. cit.*, pp. 484-486.

Mexicanos, en su artículo 17²⁵³, así como en los artículos 16 al 20 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México. De esta forma, el interesado que crea estar amparado por algún interdicto determinado, debe ejercerlo contra quien irrumpa en su posesión para verificar en el procedimiento respectivo, si el demandado perturbó o despojó al interesado y con ello, exigir su cumplimiento forzoso, mediante sentencia definitiva.

2.3.2.2 Legitimación en los interdictos

Con anterioridad señalamos que la acción publiciana o plenaria de posesión protege a los poseedores originarios y no así a los derivados, o sea las personas que poseen en virtud de algún derecho personal o real concedido por el propietario, en consecuencia, resulta lógico pensar que el medio de defensa primordial de estos poseedores sean los interdictos posesorios, sin embargo, al ser la posesión material provisional el objeto de protección de los interdictos posesorios, las personas que resultan legitimadas activamente con el ejercicio de los interdictos son los propietarios y copropietarios entre sí²⁵⁴, los poseedores originarios²⁵⁵ y los poseedores derivados²⁵⁶.

En contraposición, los detentadores, al tener en su poder una cosa en virtud de una situación de dependencia respecto del propietario, reteniéndola en provecho de

²⁵³ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CIX, p. 921, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO DE RECUPERAR, FUNDAMENTO DEL" y Tesis 1a. CXXXVIII/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, octubre de 2017, p. 495, el rubro de la jurisprudencia es "INTERDICTO PARA RECUPERAR LA POSESIÓN. EL PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 17 Y 18 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL (AHORA CIUDAD DE MÉXICO) NO ES VIOLATORIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL".

²⁵⁴ Cfr. Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. XXXI, p. 53, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTOS POSESORIOS. PUEDEN EJERCITARLOS ENTRE SÍ LOS COPROPIETARIOS".

²⁵⁵ El ejercicio de los interdictos posesorios en el caso del propietario y del poseedor originario resulta poco conveniente, pues solo obtendría una posesión provisional en un juicio cuya demora es la misma que la de un procedimiento reivindicatorio o plenario de posesión, donde obtendría la declaración de propiedad y por ende, la posesión definitiva, o solo esta última, respectivamente.

²⁵⁶ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCIII, p. 18, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN, ORIGINARIA O DERIVADA" y Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LVI, p. 1753, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN, NATURALEZA DEL".

aquel, no pueden verse beneficiados por los interdictos, en todo caso deberá ser el propietario quien ejercite el interdicto²⁵⁷.

Finalmente la legitimación pasiva, de forma general, se da contra toda persona que perturbe la posesión o contra quien haya cometido el despojo, además, de la lectura de los artículos 16 y 17 del código adjetivo civil se desprende que el ejercicio de los interdictos puede dirigirse contra la persona que mandó la perturbación o el despojo, contra la persona que a sabiendas de la perturbación o despojo se aproveche de ella y contra el sucesor del perturbador o despojante.

2.3.2.3 Tipos de interdictos

El Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México, establece diversos interdictos para proteger la posesión, los cuales han sido clasificados por la jurisprudencia en dos grupos: interdictos posesorios e interdictos prohibitorios²⁵⁸. En el primer grupo la jurisprudencia ubica a los interdictos que buscan suspender un hecho que perjudica al promovente, en los cuales se incluyen los siguientes interdictos:

- a) Interdicto de retener la posesión: cuando se busca poner fin a toda perturbación, se contempla en el artículo 16 del código antes citado.
- b) Interdicto de recuperar la posesión: cuando se busca reponer al despojado en la posesión, se encuentra contemplado en el artículo 17 de dicho código.
- c) Interdicto de adquirir la posesión: aquellos que buscan obtener la posesión²⁵⁹.

²⁵⁷ Cfr. Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 32, p. 40, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN, NO LO PUEDEN INTENTAR LOS SIMPLES DETENTADORES DE LOS BIENES OBJETO DEL".

²⁵⁸ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXIX, p. 886, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTOS".

²⁵⁹ El Derecho Civil de la Ciudad de México no contempla ningún interdicto de adquirir la posesión, de hecho, la jurisprudencia relativa a otras entidades federativas solo hace mención de un interdicto para recuperar la posesión hereditaria (en nuestro derecho se llama acción de petición de herencia). Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XVI, p. 841, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTOS" y Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLI, p. 793, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO DE ADQUIRIR LA POSESIÓN HEREDITARIA, QUIÉN PUEDE PROMOVERLO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ)".

En un segundo grupo, ubica a los interdictos cuyo fin es evitar un hecho que perjudica al interesado, tomando las acciones pertinentes para prohibir y en su caso, demoler la obra amenazante, en este grupo la jurisprudencia ubica a los siguientes interdictos:

- a) Interdicto de obra nueva: cuando se busca suspender, y en su caso, demoler una obra perjudicial en la posesión del interesado, o bien, la restitución de la situación anterior en la que se encontraba el poseedor. Su regulación está en el artículo 19 del mismo ordenamiento.
- d) Interdicto de obra peligrosa: cuando se busca obtener medidas urgentes preventivas o en su caso, la demolición total o parcial de las obras, o la destrucción de los objetos peligrosos que pueda resentir o padecer una persona que tiene su posesión en una propiedad contigua o cercana a dicha obra u objeto peligroso, se encuentra contemplado en el artículo 20.

Siendo así, para los efectos de este trabajo, resultan importantes únicamente los interdictos mencionados en el primer criterio de clasificación, en específico los interdictos de retener y recuperar la posesión.

2.3.3 El interdicto para retener la posesión

2.3.3.1 Concepto

El interdicto para retener la posesión es una acción real que se ventila en un procedimiento judicial civil ordinario, para proteger de forma provisional el hecho posesorio o posesión material de quien disfruta la posesión originaria o derivada de un bien inmueble o derecho real constituido en él. En este interdicto, se reclama la protección jurídica frente a quien directa o indirectamente perturba la posesión con actos preparatorios o actuales de hecho, el libre ejercicio de la posesión, a fin de que

se haga cesar la perturbación²⁶⁰. La naturaleza del interdicto de retener la posesión consiste pues, en prohibir o hacer cesar los actos de perturbación.

La utilidad del interdicto es conseguir la protección provisional de la posesión material, con lo cual, quien resulte beneficiado por el interdicto podrá retener la posesión y su contraparte podrá iniciar el juicio petitorio definitivo en el que se discuta la propiedad o la posesión definitiva, fungiendo como actor y aquél como demandado. En este punto, debe decirse que el Derecho civil de la Ciudad de México contempla al procedimiento interdictal y al procedimiento petitorio como juicios autónomos e independientes en los que no resulta necesario u obligatorio ejercer primero el juicio interdictal y luego el petitorio, ya que como hemos establecido, ambos juicios se ventilan por el mismo tipo de procedimiento, en consecuencia, el interesado puede ejercer de forma directa el juicio petitorio sin hacer uso del interdicto, porque este no permite al interesado conseguir la posesión provisional de forma rápida y efectiva, hecho que de ser así, le permitiría enfrentar de forma más cómoda o ventajosa el juicio petitorio²⁶¹.

En el ejercicio del interdicto de retener la posesión, forzosamente una parte funge como actor y la otra como demandado. Ahora bien, puede suceder que una persona habiendo despojado a otro de la posesión, ejercite el interdicto de retener la posesión cuando el despojado intente recobrarla, en este caso, el despojado puede reconvenir en el juicio interdictal pidiendo el interdicto de recuperar la posesión, hecho que convierte a ambas partes en actor y demandado²⁶².

²⁶⁰ Cfr. Octava Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, enero-junio de 1989, p. 410, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO DE RETENER. CARACTERÍSTICAS" y Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, p. 383.

²⁶¹ Cfr. Tesis I. 3o.C. 104 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, junio de 1996, p. 857, el rubro de la jurisprudencia es "INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN. NO PROCEDE INTENTARLO EN VÍA RECONVENCIONAL, CUANDO LA CONTIENDA PRINCIPAL VERSA SOBRE DERECHOS DE DOMINIO" y Tesis XVIII. 2o.5 C. 104 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, noviembre de 1995, p. 552, el rubro de la jurisprudencia es "INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN. PUEDE RESOLVERSE AUNQUE ESTÉ SUBJUDICE OTRA ACCIÓN QUE PUEDA REVERTIR LEGALMENTE LA POSESIÓN RETENIDA".

²⁶² En la Ciudad de México, la reconvencción se aplica únicamente a la materia sobre la que versan los interdictos, en tanto que no es posible reconvenir cuestiones que sean materia del juicio de propiedad. Cfr. Tesis VI. 2o. 40C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, abril de 1996, p. 406, el rubro de la jurisprudencia es "INTERDICTOS DE RETENER LA POSESIÓN, CONTRADEMANDA EN LOS". Sin embargo, en la actualidad existe un criterio jurisprudencial aplicable en el Estado de Tlaxcala que resulta bastante cuestionable, pues permite plantear en un juicio interdictal una reconvencción de propiedad. Cfr. Tesis XXVIII. 4.C. 104 C, *Semanario Judicial de*

De lo anterior debe decirse, que el interdicto de retener la posesión protege solo la posesión originaria o derivada “justa”, pues el código adjetivo civil determina que para la concesión del interdicto se requiere que “el poseedor no haya obtenido la posesión de su contrario por fuerza, clandestinamente o a ruegos”. Estos interdictos, deben ejercerse en el plazo de un año, y como establece el maestro Rojina Villegas, la ley no dice cuándo comienza a correr el término, “pero lógicamente se establece que ha de contarse desde el día en que tenga lugar el último acto en que se haga consistirla perturbación”²⁶³.

2.3.3.2 Enunciado del artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México

El interdicto para retener la posesión se encuentra regulado en el artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México, que determina:

Artículo 16.- Al perturbado en la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble compete el interdicto de retener la posesión contra el perturbador, el que mandó tal perturbación o contra el que a sabiendas y directamente se aproveche de ella, y contra el sucesor del despojante. El objeto de ésta acción es poner término a la perturbación, indemnizar al poseedor y que el demandado afiance no volver a perturbar y sea conminado con multa o arresto para el caso de reincidencia.

La procedencia de esta acción requiere: que la perturbación consista en actos preparatorios tendientes directamente a la usurpación violenta, o a impedir el ejercicio del derecho; que se reclame dentro de un año y el

la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 2446, el rubro de la jurisprudencia es “ACCIÓN REIVINDICATORIA. PUEDE EJERCITARSE POR VÍA RECONVENCIONAL, DENTRO DEL INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN PORQUE DE NO PERMITIRSE PODRÍA DESMEMBRARSE EL DERECHO DE PROPIEDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA)”.

²⁶³ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, pp. 737 y 738. Cfr. Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. XX, p. 143, el rubro de la jurisprudencia es: “INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DEL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO)”.

poseedor no haya obtenido la posesión de su contrario por fuerza, clandestinamente o a ruegos.

En el artículo citado, se menciona en la primera parte la legitimación activa y el objeto de protección del interdicto, ya que se otorga “al perturbado en la posesión jurídica (originaria) o derivada de un bien inmueble”, y por bien inmueble debe entenderse las cosas raíces o los derechos reales constituidos sobre bienes raíces²⁶⁴. Enseguida, el artículo en estudio trata la legitimación pasiva, afirmando que el interdicto puede ejercerse contra “el que mandó tal perturbación, contra el que a sabiendas se aproveche de ella y contra el sucesor del despojante”, sin embargo, este último es incorrecto, pues si se habla “del sucesor del despojante”, se entiende que el despojo fue consumado y en consecuencia el ejercicio del interdicto para retener la posesión sería inútil²⁶⁵.

En la segunda parte del primer párrafo, se menciona que el objeto del interdicto, o bien, lo que deberá establecerse en la sentencia definitiva que resuelva la cuestión, son los siguientes puntos:

- a) Poner término a la perturbación, en la cual el juez debe conceder la posesión provisional al interesado a fin de que se materialice la retención de la misma.
- b) Indemnizar al poseedor de cualquier daño o perjuicio ocasionado con los actos de perturbación.
- c) Obligación del demandado de afianzar el no volver a perturbar la posesión.
- d) La conminación de multa o arresto para el caso de reincidencia.
- e) De acuerdo con el artículo 140 fracción III y IV del código adjetivo civil, podrá conseguir el pago de gastos y costas que el juicio le haya causado en una o ambas instancias, según proceda.

²⁶⁴ “Excepto en los casos en que se trate de derechos reales accesorios de garantía, que por su propia naturaleza no puedan ser poseídos, como el de hipoteca”. Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 733.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 734.

En el segundo párrafo, el artículo en estudio dice que para la procedencia de la acción se requiere “que la perturbación consista en actos preparatorios tendientes directamente a la usurpación violenta, o a impedir el ejercicio del derecho”, en consecuencia, debe entenderse por estos, aquellas vías de hecho o de palabra que tienden directamente a despojar al poseedor, sin que este se consume, dichos actos en su gravedad deben ser tales que preparen en forma inmediata la usurpación violenta, de esta forma, no resultan procedentes las simples amenazas o meras intenciones²⁶⁶.

Asimismo, el interdicto resulta procedente ante situaciones de despojo parcial, pues los actos de perturbación violenta pueden dar lugar a una invasión en la posesión del interesado, sin que ello implique un despojo absoluto, sino más bien el impedimento parcial del ejercicio de la posesión²⁶⁷. Por lo anterior, la jurisprudencia del Derecho mexicano ha permitido que en una misma demanda el interesado pueda ejercer el interdicto de retener la posesión y el interdicto de recuperar la posesión, pues no en pocas ocasiones, resulta difícil saber qué actos preparan la usurpación violenta y cuáles otros la han consumado, de ahí que el juzgador deba analizar el caso planteado y determinar cuál es la finalidad del actor. Lo anterior permite que si el actor desea retener la posesión y durante la secuela del procedimiento ha sido despojado, el juez condene en virtud del interdicto de recuperar la posesión que también le ha propuesto el actor y con ello, garantiza la finalidad última del interesado, que es obtener la posesión provisional²⁶⁸.

²⁶⁶ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXII, p. 1664, el rubro de la jurisprudencia es: “INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN” y Tesis: II. 2o.C. 276 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, mayo de 2001, p. 1157, el rubro de la jurisprudencia es “INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN. PARA SU PROCEDENCIA SE REQUIERE DE ACTOS DE PERTURBACIÓN REALES Y CONCRETOS, NO SOLO INTENCIONALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO)”. En contrario, se pronuncia Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, p. 118.

²⁶⁷ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXXI, p. 4694, el rubro de la jurisprudencia es: “INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN” y Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 19, p. 19, el rubro de la jurisprudencia es: “INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN. PROCEDE CUANDO SE HA CONSUMADO UN DESPOJO PARCIAL POR PARTE DEL PERTURBADOR”.

²⁶⁸ Cfr. Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. CXXXVII, p. 41, el rubro de la jurisprudencia es: “INTERDICTOS DE RETENER Y RECUPERAR LA POSESIÓN. PUEDEN INTENTARSE SIMULTANEAMENTE”.

2.3.3.3 El procedimiento interdictal

El procedimiento del interdicto de retener la posesión, según el artículo 59 fracción VI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de México, se desarrolla siempre ante un Juez Civil de proceso escrito, a través de la vía común u ordinaria civil, por tanto, resta apuntar en este apartado, que su trámite es lento y tardado, hecho que ha provocado en la práctica, que dicho medio de defensa esté en desuso, en virtud de la conveniencia de ejercer de forma directa el juicio petitorio para decidir en definitiva las cuestiones de propiedad o posesión definitiva, que la vía interdictal que solo decide una posesión provisional²⁶⁹.

2.3.4 El interdicto para recuperar la posesión

2.3.4.1 Concepto

El interdicto para recuperar la posesión es, en el Derecho civil de la Ciudad de México, una acción real que se ejercita a través de un procedimiento judicial civil, en la vía ordinaria, que compete al poseedor originario o derivado que ha sufrido un despojo total²⁷⁰ de un bien inmueble o derecho real constituido en él, con el propósito principal de que le sea restituida la posesión, y se ejerce en contra de quien cometió el despojo, de quien mandó o se aprovechó del despojo. Este interdicto tiene una

²⁶⁹ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al referirse al procedimiento interdictal ha establecido que “para que sea funcional la vía interdictal, implica no se profundice sobre aspectos que requieran un análisis jurídico más profuso por parte del juzgador... objetivo que no se lograría de introducirse a la contienda aspectos relacionados con la “posesión definitiva” y la “propiedad” de un inmueble...en las que ya no priva esa necesidad de una decisión urgente, características de los interdictos”. *Cfr.* Tesis 1a. CXXXVIII/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, octubre de 2017, p. 495, el rubro de la jurisprudencia es “INTERDICTO PARA RECUPERAR LA POSESIÓN. EL PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 17 Y 18 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL (AHORA CIUDAD DE MÉXICO) NO ES VIOLATORIO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL”.

²⁷⁰ En contra se pronuncia Tapia Ramírez, quien afirma que el interdicto también procede en los casos de despojo parcial. *Cfr.* Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, pp. 383 y 384.

naturaleza restitutoria, en tanto que busca reponer al despojado en la posesión material que reclama.

Como puede notarse, la utilidad del interdicto estriba en conseguir la protección posesoria provisional o interina mediante la restitución que se ordene en la sentencia. De esta forma, en el ejercicio del interdicto el despojado necesariamente funge como actor en el juicio, mientras que el despojante asume el papel de demandado, con ello, si el actor resulta beneficiado con el interdicto, al demandado despojante no le queda otra vía más que el de ejercer el juicio petitorio definitivo, no obstante como hemos advertido, la legislación civil de la Ciudad de México no exige de forma necesaria el ejercicio de este interdicto previo al desarrollo del juicio reivindicatorio o plenario de posesión.

Finalmente, estos interdictos se distinguen por reprimir situaciones de gravedad²⁷¹ como lo es el despojo, por ello buscan proteger solo la posesión justa, esto es, exigen que el poseedor no haya adquirido la posesión de forma violenta, clandestina o a ruegos de su contrario y que dicho interdicto, deba ejercerse según los artículos 804 y 828 fracción V del código sustantivo civil, en el término de un año contado a partir de que se cometió el despojo o a partir de que comenzaron las vías de hecho causantes del despojo²⁷².

2.3.4.2 Enunciados de los artículos 17 y 18 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México

El interdicto de recuperar la posesión se encuentra regulado en los artículos 17 y 18 del Código adjetivo civil de la Ciudad de México, que establecen lo siguiente:

²⁷¹ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XVIII, p. 111, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO DE RECUPERAR".

²⁷² La prescripción del interdicto no opera *ipso iure*, sino que debe hacerse valer mediante excepción por el demandado. Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXXV, p. 2360, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE", en relación al término para ejercer el interdicto, Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXVIII, p. 228, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN, MATERIA DEL".

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

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

La parte inicial del artículo 17, enuncia la legitimación activa y el objeto del interdicto, afirmando que el interdicto se concede al poseedor originario o derivado que ha sufrido el despojo de un bien inmueble o derecho real constituido en él. Luego, la siguiente parte del artículo 17 junto con la parte final del artículo 18, nos aclara en contra de quién puede darse la legitimación pasiva, en tanto que menciona que puede ejercerse en contra de quien cometió el despojo, quien mandó a que el despojo se cometiera, quien a sabiendas y directamente se aprovecha del despojo, contra el sucesor del despojante y además, contra el propietario que realizó el despojo de un bien inmueble o derecho real que él mismo transmitió mediante contrato, de igual forma, la jurisprudencia permite ejercer el interdicto en contra de terceros, que a sabiendas o no, el despojante les haya transmitido la posesión²⁷³.

Así también, la parte final del artículo 18 enuncia que el interdicto de recuperar la posesión no procede “en favor de aquel que, con relación al demandado, poseía clandestinamente, por la fuerza o a ruego”, es decir, la posesión justa que exige este

²⁷³ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXVI, p. 909, el rubro de la jurisprudencia es: “INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN”.

interdicto es relativa ya que se estudia únicamente en relación con el adversario y no respecto de terceros y, de la misma forma, al prohibir que el poseedor violento ejercite dicho interdicto, da lugar a que el despojado a su vez, despoje a la persona que lo privó de la posesión, con lo cual, queda sin defensa jurídica y este último resulta victorioso²⁷⁴.

Por otra parte, el mismo artículo 18 aclara que a pesar de que este interdicto reprime los actos de despojo, no requiere para su procedencia que se cometa a través de actos violentos, sino que basta que se realicen vías de hecho que cometan el despojo²⁷⁵. El interesado podrá conseguir a través de la sentencia definitiva:

- a) La restitución de la posesión provisional reclamada
- b) Indemnización de los daños y perjuicios causados con el despojo
- c) Fianza del demandado para no volver a cometer actos o vías de hecho de despojo.
- d) Conminación de multa y arresto para el caso de reincidencia
- e) El pago de gastos y costas que el juicio le haya originado en una o ambas instancias, de conformidad con el artículo 140 fracciones III y IV del Código Procesal Civil de la Ciudad de México²⁷⁶.

2.3.4.3 El procedimiento interdictal

Para finalizar este capítulo, y a efecto de no obviar en evidentes repeticiones, debemos decir tan solo que el procedimiento del interdicto de recuperar la posesión en la Ciudad de México, se desarrolla al igual que el interdicto de retener la posesión, que detallamos en subtemas anteriores.

²⁷⁴ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 741.

²⁷⁵ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCIV, p. 38, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN, DESPOJO COMO ELEMENTO DE LA ACCIÓN DE" y Tesis I. 8o.C.295 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1949, el rubro de la jurisprudencia es "INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN. VIOLENCIA O VÍAS DE HECHO CAUSANTES DEL DESPOJO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL)".

²⁷⁶ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCI, p. 31, el rubro de la jurisprudencia es: "COSTAS EN EL INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN".

CAPITULO TERCERO

Estudio comparativo de los mecanismos de defensa de la propiedad y la posesión del Derecho romano clásico y del Derecho civil de la Ciudad de México.

En el presente capítulo, se comparan los mecanismos de defensa de la propiedad y la posesión, tanto en el Derecho romano clásico, como en la Ciudad de México, con la finalidad de identificar y evaluar las semejanzas y diferencias que presentan ambos sistemas jurídicos. Este resultado nos permite ofrecer no solo una explicación histórica sobre dichas diferencias o semejanzas, sino además, nos permite ofrecer una propuesta de armonización en la que nuestro Derecho retome los elementos progresistas del Derecho romano en aras de una regulación efectiva. Siendo así, utilizamos el método comparado²⁷⁷, sistemático y cronológico que nos permitan arribar al fin deseado.

1. Estudio comparativo del *dominium* y la propiedad

1.1. Concepto

Del estudio comparativo de los conceptos de *dominium*, en el Derecho Romano Clásico, y de propiedad, en el Derecho Civil de la Ciudad de México, es posible señalar las siguientes notas.

Como primer punto, podemos decir que en la época clásica del Derecho Romano, los juristas utilizaron con uniformidad el término “*dominium*” para referir el comportamiento, como señorío, que tiene el *dominus* sobre una cosa, mientras que

²⁷⁷ El método comparado utilizado en este trabajo, se fundamenta en dos escuelas: en cuanto al método comparado en sus generalidades, se sigue a la escuela del Instituto Max Plank de Derecho Internacional Privado y Comparado de la universidad de Hamburgo, y de manera específica, al comparar al Derecho romano clásico, considerándolo como un paradigma de la evolución o retroceso de nuestro sistema jurídico, se sigue a la escuela romanista del Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la UNAM. Cfr. Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Introducción al derecho comparado*, 3a. ed., México, Oxford, 2012 y Adame Goddard, Jorge, *Propuesta metodológica... cit.*

en el Derecho mexicano, se usa con una marcada preferencia el término “propiedad” respecto de “dominio”. En este contexto, debemos señalar entonces, que la discusión de la doctrina mexicana respecto a la diferencia terminológica de propiedad o dominio, es en realidad inútil, puesto que la tradición jurídica romana nos muestra que ambos términos no son contrarios, pues si bien surgieron en épocas y figuras jurídicas diferentes (*dominium* pertenece a la época clásica y se desprendió de la concepción arcaica de *mancipium*, mientras que *proprietas*, surgió en la época postclásica en el usufructo²⁷⁸), al final pretenden significar lo mismo, una relación de pertenencia de una cosa hacia una persona, siendo así, es correcto usarlos en el Derecho vigente mexicano como sinónimos.

De forma común, el *corpus iuris civilis* del Derecho romano, así como el Código Civil de la Ciudad de México, carecen de una definición de propiedad, ambos ordenamientos son omisos en definirla. De manera precisa, el Código Civil en su artículo 830 define al propietario pero no a la propiedad, diciendo que “el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes”, es decir, dicho artículo señala las facultades que tiene un propietario²⁷⁹. Por su parte, la jurisprudencia mexicana es la única fuente que brinda una definición de la propiedad estableciendo que “es una creación jurídica, supuesto que consiste en el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa”²⁸⁰.

Por lo anterior, conviene recordar que los juristas romanos nunca definieron a la propiedad en razón de que observaron que cada cosa rendía un aprovechamiento distinto a su propietario, de ahí la peligrosidad de crear un término general para referir algo tan variable. Estos aprovechamientos se traducían en las utilidades que una cosa podía brindar a su propietario, o sea, *uti* (usar), *frui* (disfrutar), *habere* (disponer) y *possidere* (poseer). Por su parte, el Derecho mexicano, en la definición contenida en el artículo 830 del código civil, reduce en el concepto de propietario el

²⁷⁸ *Vid. supra*. p. 2.

²⁷⁹ Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, p. 18 y Adame Goddard, Jorge (coord.), *Código Civil Federal...* *cit.*, p.81.

²⁸⁰ Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XC, p. 863, el rubro de la jurisprudencia es: “REIVINDICACIÓN, DOMINIO LEGAL SOBRE LA COSA, COMO PRIMER ELEMENTO DE LA ACCION DE” y Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIV, p. 649, el rubro de la jurisprudencia es: “DERECHO DE PROPIEDAD”.

“gozar y disponer”, asimismo, en la definición de propiedad que nos brindan los criterios jurisprudenciales, reduce los aprovechamientos en “uso, goce y disposición”.

En este sentido, tal y como sostiene Adame Goddard, consideramos un retroceso, en primer lugar, que el Código Civil no mencione al uso y a la posesión como aprovechamientos que tiene el propietario “como si para el legislador el uso <y la posesión> fuera algo poco importante que no necesitara ser mencionado expresamente”²⁸¹; en segundo lugar, resulta criticable el uso de los términos “gozar” y “disponer”, pues el código no determina qué debe entenderse por cada uno, además de que usa con variación los términos de “uso, disfrute y goce” al referirse a la propiedad y a los demás derechos reales, como si fueran sinónimos²⁸².

Por otra parte, podemos observar que en el Derecho Romano Clásico, la característica más importante que reflejaba la idea de *dominium* en los juristas, era que este aplicaba sobre cosas específicas y determinables que el propietario podía identificar y reivindicar de quien las detentara, es decir, la propiedad se concebía como un derecho real por excelencia. En contrario, en el Derecho mexicano, la definición legal del Código Civil y la definición jurisprudencial, que hacen del propietario y de la propiedad, respectivamente, no hacen señalamiento de que la propiedad sea un derecho real, es decir, omiten en el estudio del concepto la reivindicación que tiene el propietario para oponerse y prevalecer ante terceros, siendo así, dicha omisión significa un retroceso para la ciencia jurídica mexicana pues únicamente se limita a señalar en el artículo 831 del Código Civil que “la propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización” pero no hace mención de qué acción tiene el propietario para su defensa. Lo anterior se debe, sobre todo, a que nuestro Código Civil se encuentra separado del Código de Procedimientos Civiles, donde se

²⁸¹ Adame Goddard, Jorge, *Propuesta metodológica... cit.*, p. 10.

²⁸² “En tema de usufructo, el código usa la palabra “disfrutar”... tampoco lo menciona <el uso> en tema de usufructo, donde dice que este es un derecho real de “disfrutar” bienes ajenos. Ni siquiera y esto es lo más sorprendente, lo menciona en el tema de las servidumbres, las cuales consisten propiamente en un derecho de uso, y las define simplemente como un gravamen real impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro. En cambio, en tema de arrendamiento se dice que el arrendador se obliga a conceder “el uso o goce temporal”, de donde quizá pueda inferirse que “goce” implica el uso y el disfrute”. *Ídem*.

consigan las acciones, por lo cual, el estudio de la propiedad en la doctrina y en las propuestas legislativas, se encuentra separado²⁸³.

En otro punto, podemos notar que la propiedad para los juristas romanos no era un *ius in re*, es decir, un derecho sobre la cosa, sino la misma cosa, lo que significa que para ellos “propiedad y cosa” se confunden, de tal forma que cuando un propietario reclama la cosa de un tercero, no reivindica su derecho, sino la cosa misma. Para el Derecho mexicano, esta concepción ha sido superada, pues los juristas modernos separan la cosa objeto de propiedad, del derecho sobre la cosa, diferencia que significa un progreso para el Derecho actual, pues permite al jurista moderno diferenciar cuándo se da una cosa y cuándo se entrega su propiedad.

Al tener presente las cosas que pueden ser objeto de propiedad, podemos analizar que en el Derecho romano esta recae únicamente sobre cosas corporales o sobre el poder de personas, ambas identificables, mientras que en el Derecho mexicano, el Código Civil da pauta para interpretar que esta puede recaer, como sostiene parte de la doctrina, tanto en cosas corporales como en incorpóreas, por ejemplo, como los derechos de autor y los derechos de propiedad industrial. Siendo, así, consideramos como un retroceso que el Derecho mexicano y la doctrina acepten que un bien incorpóreo pueda ser objeto de propiedad. Hablando específicamente de los derechos de autor y de los derechos de propiedad industrial, podemos afirmar que no comparten ciertas características de la propiedad, como su perpetuidad²⁸⁴, identificación y reivindicación, además, no pueden ser sujetos de uso y disfrute; incluso, gran parte de la doctrina ha rechazado, que la naturaleza de los derechos de autor, sea real²⁸⁵, por ende, no pueden ser catalogados dentro de esta concepción.

²⁸³ Cfr. *Ibidem* pp. 10, 11 y 24.

²⁸⁴ *Vid. supra* p. 42, n. 179.

²⁸⁵ Respecto a la naturaleza de los derechos de autor, existen muchas teorías, las cuales los clasifican como derechos personales, reales, derechos de reproducción o incluso, los conciben con una naturaleza propia. Entre las más importantes, está la teoría clásica de Picard, quien afirma que pertenecen a una nueva clase de derechos que debe agregarse a la tradicional clasificación de los derechos personales y derechos reales, y de obligación, por lo que una cuarta categoría sería la de los derechos intelectuales, en los que agrupa a los derechos de autor y los de propiedad industrial. Asimismo, se encuentra la teoría ecléctica, que señala que tienen una doble naturaleza; por una parte el derecho moral de autor, que viene a constituir un verdadero derecho de la personalidad, en virtud de que todo ataque a la obra, respecto a su forma, contenido y autoría va en contra de la imagen, reputación de su creador, y, por otra, el derecho patrimonial, en cuanto a explotar y aprovechar de manera exclusiva la obra de su propio ingenio. Finalmente se encuentra la teoría de Gutiérrez y

Finalmente, debemos señalar que en cuanto a las características de la propiedad, tanto el Derecho Romano Clásico como el Derecho Civil de la Ciudad de México, la señalan como perpetua y absoluta, sin embargo, difieren en la plenitud, puesto que en Roma, esta significaba que una cosa rindiera a su titular todos los aprovechamientos posibles de la cosa, observando siempre, el uso racional y las limitantes y restricciones que la ley establecía, en tanto que en nuestro Derecho, se concede que todos los aprovechamientos de la cosa sean para su titular, con la única limitante que ese aprovechamiento se encamine a una función social, es decir, de acuerdo a las necesidades sociales, con lo cual, bien puede calificarse de semiplena. Por tanto, esta nota diferencial constituye un progreso para el Derecho, pues la función social procura un bienestar general y no particular, principio que ha sido enaltecido incluso, como elemento de la propiedad (vista como derecho humano) por diversos criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸⁶.

De todo lo anterior es posible concluir que, en aras de una regulación efectiva de la propiedad, en la definición legal o jurisprudencial que se haga de ella, debe concebirse ante todo, como un derecho real, cuyas utilidades son también el uso y la posesión (no solo el goce <uso y disfrute> y la disposición), además, se debe incluir en su redacción la posibilidad del propietario de poder identificar la cosa para reivindicarla, por ende, el objeto de la misma debe limitarse únicamente a cosas corporales identificables.

González, quien afirma que su naturaleza es la “ser derechos de autor”, es decir, de tener una naturaleza jurídica propia, específica y exclusiva, ya que el artículo 28 constitucional lo denomina como “un privilegio, que por tiempo determinado se concede a los autores y artistas para la reproducción de sus obras”. *Cfr.* Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, pp. 353-356 y Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio*, 10a. ed., México, Porrúa, 2016, pp. 717-723. Sin embargo, la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte, se adhiere a la teoría ecléctica. *Cfr.* Tesis 1a. CCVIII/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2012, p. 504, el rubro de la jurisprudencia es “DERECHOS DE AUTOR. PROTEGEN TANTO DERECHOS PATRIMONIALES COMO MORALES”.

²⁸⁶ Caso Salvador Chiriboya vs Ecuador, en la sentencia del 6 de mayo de 2008, en el párrafo 60 estableció “...la función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada”; Caso del Pueblo Saramaka vs Suriname, en la sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrafo 127 estableció “...la ley podrá subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad...siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por la ley, b) sean necesarias, c) proporcionales, d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”. *Cfr.* Carbonell, Miguel y Caballero González, Edgar S., *op. cit.*, pp. 430-433.

1.2. Tipos de propiedad

En cuanto a los tipos de propiedad se refiere, el Derecho Romano Clásico reguló cuatro tipologías que se diferencian, sobre todo, al lugar donde se ubicaban los bienes (inmuebles) y a la regulación jurídica que les era aplicable para su defensa, así se habla de: propiedad peregrina (propiedad de los habitantes no ciudadanos del imperio cuya defensa estaba a cargo del pretor a través de acciones ficticias), provincial (inmuebles ubicados en las provincias propiedad del erario o del príncipe y cuya defensa estaba a cargo del gobernador), bonitaria (cosas *res mancipi* adquiridas informalmente, protegidas por el pretor a través de la acción publicana) y quiritaria o civil (propiedad adquirida de conformidad con el Derecho civil protegida por la acción reivindicatoria). Por su parte, el Derecho mexicano regula dos tipos de propiedad, la primera llamada “originaria”, que atiende al dominio de la nación desde el origen del Estado mexicano, sobre las tierras y aguas del territorio nacional sobre la cual, constituye el segundo tipo de propiedad, “la derivada” o propiedad privada. La primera representa no una propiedad, sino una expresión soberana de la nación sobre el territorio nacional y la segunda, es un modelo de propiedad donde los particulares pueden apropiarse de bienes que están dentro del comercio.

De esta forma, podemos determinar que tanto la propiedad bonitaria y la propiedad quiritaria, se identifican con la propiedad derivada (que estudia el Derecho civil), en tanto que constituyen supuestos en los cuales los ciudadanos o particulares pueden apropiarse de ciertos bienes que están dentro del comercio. En específico, la propiedad quiritaria tiene equivalencia en nuestro Derecho con la propiedad derivada, puesto que ambas son la principal forma de propiedad que concibe el Derecho. De la misma manera, observamos que tanto en la propiedad bonitaria y quiritaria del Derecho romano, como en la propiedad derivada del Derecho mexicano, el Estado emite una reglamentación sobre su adquisición, uso (con las limitaciones y restricciones en beneficio de la colectividad), disposición, defensa, disfrute, goce y extinción.

Como resultado de ello, afirmamos que la comparación que se realiza en este trabajo sobre propiedad bonitaria y quiritaria del Derecho romano por un lado, y la

propiedad civil del Derecho de la Ciudad de México por el otro, es viable, pues entre ambas existe un paralelismo teórico.

1.3. Defensa del *dominium* y de la propiedad

La línea comparativa en este subtema se desarrolla únicamente respecto a la acción reivindicatoria, dada la diversidad que presentan ambos sistemas jurídicos, pues por una parte, en el Derecho romano la acción publiciana servía para defender un tipo de *dominium* (bonitario o pretorio), mientras que en nuestro sistema jurídico, protege la posesión originaria, por ende, el presente subtema aborda solo esta acción.

1.3.1 La *actio reivindicatio* (acción reivindicatoria)

1.3.1.1. Concepto

La acción *rei vindicatio*, en el Derecho romano, y la reivindicatoria, en el Derecho civil de la Ciudad de México, se erigen como el medio de defensa más importante y eficaz de la propiedad. Tanto el libro VI, título I del Digesto, como el artículo 4 del código adjetivo civil, conciben a la acción reivindicatoria como la defensa procesal que tiene el propietario no poseedor contra un poseedor que no es propietario, con la finalidad principal de que la cosa le sea restituida al primero con sus frutos y accesiones, es decir, el elemento principal de la acción es el carácter real, que permite perseguir la cosa de quien la posea. Siendo así, resulta criticable la definición de la acción reivindicatoria que nos brinda la jurisprudencia mexicana, pues afirma que esta “tiene por objeto obtener la posesión”, cuando en realidad con ella se busca reafirmar la propiedad sobre la cosa a través de su restitución para que el propietario siga obteniendo todos los aprovechamientos de la cosa, lo que incluye el uso, disfrute, disposición y posesión, ya que de tomar como cierta dicha definición se equipararía a la acción reivindicatoria con la acción plenaria de posesión y aún todavía, con los

interdictos posesorios, medios de defensa que también persiguen la posesión de la cosa; en este entendido, la acción reivindicatoria convertiría en mero poseedor al propietario. Por lo anterior, debemos advertir que, aunque la posesión es el signo exterior u objetivo de la propiedad, no es el objetivo de la acción, pues al ser requisito que la misma se ejercite por un propietario, lo que se busca es que se le restituya en el pleno dominio que tenía en la cosa antes de ser privado de ella, dominio que jamás podrá tener un poseedor.

En este contexto, podemos afirmar también que en ambos ordenamientos, las acciones comparten las mismas características, ya que se afirman como acciones civiles, reales, perpetuas y privadas, empero, difieren en que la acción reivindicatoria en el Derecho de la Ciudad de México, es una acción declarativa y de condena, aspectos que no tenía la acción romana. En efecto, no era declarativa porque su efecto no era declarar el derecho del actor sobre la cosa, sino que, derivado de ese dominio que había demostrado en el juicio, buscaba la restitución de la cosa; asimismo, la acción romana no era siempre de condena, pues como se estableció en el capítulo correspondiente, la cláusula arbitraria que tenía la acción, permitía que antes de llegar a la sentencia, el demandado restituyera la cosa que se le reclamaba y así, saliera absuelto en la sentencia, cosa que normalmente sucedía²⁸⁷.

En otro aspecto, podemos notar que el objeto de la acción reivindicatoria tanto en la Roma clásica como en la Ciudad de México son las cosas muebles e inmuebles identificables, no obstante, cada ordenamiento tiene una marcada inclinación sobre algún tipo de cosa, por ejemplo, de la lectura del libro VI, título I del Digesto, es posible apreciar que la gran mayoría de los pasajes se refiere a la reclamación de cosas, mientras que otros pocos dejan testimonio de los inmuebles²⁸⁸, hecho que nos autoriza a pensar en que en el Derecho Romano Clásico la acción tuviera más solicitud en el caso de cosas muebles, sin que ello signifique su ineficacia en el caso de los inmuebles. En contrario, en el Derecho mexicano la acción reivindicatoria tiene como principal objeto la defensa de inmuebles, pues en la jurisprudencia únicamente

²⁸⁷ *Vid. supra.* pp. 7-11.

²⁸⁸ Hacen referencia a muebles: D. 6.1.1.1-3; h.t. 2; h.t. 3 pr.-2; h.t. 5 pr.-5; h.t. 6; h.t. 10-13; h.t. 16 pr. y 1; h.t. 17 pr. y 1; h.t. 18; h.t. 20-22; h.t. 23.2-6; h.t. 27.2; h.t. 28-32; h.t. 45; h.t. 56; h.t. 58-62; h.t. 67; h.t. 79; hacen referencia a inmuebles: D. 6.1.7; h.t. 8; h.t. 19; h.t. 23.7; h.t. 35 pr. y 1; h.t. 37-41; h.t. 48-50; h.t. 52-55; h.t. 57; h.t. 65.

es posible encontrar dos criterios aislados que hacen referencia a cosas muebles²⁸⁹, hecho que puede calificarse como un retroceso.

La explicación histórica que justifica lo anterior, se debe a que en la época clásica del Derecho Romano (130 a.c al 230 d.c.) la mayor extensión territorial de Roma, era suelo provincial, esto es, territorios sometidos al príncipe (provincia imperial) o al pueblo romano (provincia senatorial) donde no podía haber dominio o propiedad civil, de ahí que los casos donde se presentara la acción reivindicatoria sobre inmuebles fuera en los fundos itálicos, que en comparación con los primeros, eran pocos²⁹⁰, además, la rapidez y efectividad de los recursos y del procedimiento romano, hacían factible la reclamación de cosas muebles mediante esta acción²⁹¹. Por su parte, en el Derecho mexicano la reclamación de cosas no es solicitada a través de esta acción debido al inconveniente de los propietarios en ejercer un procedimiento civil cuyo costo y demora puede ser mayor que el del valor de la cosa mueble que reclaman, haciendo inviable este medio de defensa.

Por consiguiente, consideramos que la Legislación civil de la Ciudad de México (y la doctrina) debe asimilar la doctrina romana respecto a la reclamación de cosas muebles, pues tal pareciera que los criterios jurisprudenciales, al tratar solo a los inmuebles, dejan fuera del alcance de esta acción a los bienes muebles, así también, debe replantear el procedimiento judicial para su defensa, pues en día, los propietarios prefieren acudir a la vía penal o incluso, dar por perdida la cosa antes de ejercer la acción reivindicatoria.

Como punto final, el Derecho romano y el Derecho de nuestra Ciudad son coincidentes en las cosas que no pueden ser objeto de reivindicación, tales como las

²⁸⁹ Cfr. Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXII, p. 3524, el rubro de la jurisprudencia es: "COMPETENCIA CON MOTIVO DE ACCIONES SECUNDARIAS" y Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXII, p. 1003, el rubro de la jurisprudencia es: "REIVINDICACIÓN, DE BIENES MUEBLES (VENTA DE COSA AJENA)".

²⁹⁰ Sobre la extensión territorial y administración de las provincias romanas Cfr. Arangio-Ruíz, Vicente, *Historia del Derecho romano*, 5a. ed., trad. Francisco de Pelsmaeker e Ivañez, Madrid, Reus S.A., 2006, pp. 134-147 y Halgan, Cyprien, "La administración de las provincias senatoriales romanas", *Revista de administración pública*, México, número 47-48, julio-diciembre 1981, pp. 77-149.

²⁹¹ Debe recordarse que en el Derecho romano, existía un interdicto para retener la posesión de muebles, con lo cual, el propietario podía verse beneficiado al disfrutar la posesión provisional, mientras que su contrario, se vería obligado a demostrar la propiedad. Asimismo, el procedimiento interdicial y el procedimiento de la acción reivindicatoria, tenían un carácter atemorizante, que compelián al demandado a respetar el interdicto o a entregar la cosa en el momento procesal de la cláusula arbitraria. *Vid. supra* pp. 10, 11 y 32-34.

cosas que están fuera del comercio, las que se han unido a otras por vía de accesión, cosas genéricas o bien, cosas que el propietario haya concedido la posesión derivada a un tercero.

1.3.1.2. La fórmula de la *actio reivindicatio* y el enunciado del artículo 4 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México

De la lectura de la fórmula de la acción *rei vindicatio*, así como del enunciado del artículo 4 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México, es posible afirmar que nuestro Derecho, aún conserva en esencia, la misma regulación de la acción romana²⁹². Lo anterior se afirma, ya que en dichas fórmulas, se consigna lo siguiente:

- a) Que el juez compruebe si el reclamante es propietario de la cosa de la cual, perdió su posesión.
- b) Que el juez investigue si aquel a quien se dirige la acción está en posesión de la cosa.
- c) Que se busque la restitución de la cosa.

En cambio, guardan diferencia en que la acción reivindicatoria del Derecho mexicano, como hemos dicho, tiene un carácter declarativo, así también, en que la acción romana contiene una cláusula arbitraria cuya finalidad es compeler al demandado a restituir la cosa, so pena de ser condenado en la sentencia a pagar la estimación económica subjetiva que de ella haga el actor, dicho en otras palabras, en el Derecho mexicano la restitución es el efecto inmediato de la acción que se materializa hasta el dictado de la sentencia, mientras que la fórmula de la acción del Derecho romano, tiene como efecto inmediato condenar al demandado en la sentencia al pago de la cantidad económica que el actor estima que vale la cosa, así,

²⁹² Cfr. Adame Goddard, Jorge, *Propuesta metodológica... cit.*, p. 11.

la restitución aparece como un elemento intrínseco de la fórmula, que no constituye su objetivo final en la sentencia.

1.3.1.3. Legitimación activa y pasiva

Al hablar de la legitimación en la acción reivindicatoria, observamos que ambos ordenamientos distinguen entre legitimación activa y legitimación pasiva, esto es, quién se encuentra reconocido por el Derecho para ejercer la acción y a quién o a quiénes se puede dirigir, respectivamente.

Por lo que hace a la legitimación activa, tanto el Derecho romano clásico como el Derecho Civil de la Ciudad de México, señalan que la única persona idónea para su ejercicio es el propietario no poseedor. Por su parte, en la legitimación pasiva, apreciamos una diferencia importante, ya que mientras en el Derecho romano se decía que la acción podía dirigirse solo contra las personas que se reputaban como poseedoras (quien se afirma como propietario, el poseedor civil, o el poseedor interdicial) las cuales debían encontrarse en posesión de la cosa al momento de la *litis contestatio* o bien, al momento de la sentencia (según la opinión de los sabinianos o de los proculyanos, respectivamente), la legislación civil de la Ciudad de México establece que el legitimado idóneo, en principio, es el poseedor originario, el cual debe poseer al momento de entablar la demanda²⁹³.

En este sentido, la legitimación pasiva en el Derecho romano no se daba en contra de los detentadores, fueran de un tercero o del mismo propietario (caso en el cual debía ejercer la acción personal que tuviera contra él); tampoco se daba la legitimación pasiva en el caso del *fictus possessor* (quien finge poseer para ser demandado mientras el verdadero poseedor completa la usucapio); y finalmente no había legitimación contra el *qui dolo dessit possidere* (que dejó dolosamente de poseer la cosa, respecto de la cual se le demandó). La razón de lo anterior, era que

²⁹³ Cfr. Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. VII, p. 291, el rubro de la jurisprudencia es: "REIVINDICACIÓN. POSESIÓN POR UN DEPOSITARIO" y Tesis III.2o.C.116 C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1765, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIÓN REIVINDICATORIA. LA POSESIÓN POR EL DEMANDADO DE LA COSA PERSEGUIDA, NO SE ACREDITA SOLAMENTE CON SU NEGATIVA A POSEER EL BIEN CONTROVERTIDO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO)".

al primero no se le consideraba poseedor en nombre propio sino a nombre de otro, mientras que los otros nombrados, no tenían legitimación pasiva en virtud de que el pretor tenía recursos como la *cautio iudicatum solvi* (caución de pagar lo juzgado) para sujetar al primero a una responsabilidad mediante estipulación para el caso de falsedad y, al segundo, tenía los recursos de la *actio ad exhibendum e interdictum quem fundum* (según la cosa fuera mueble o inmueble) para sujetarlo a la entrega de la cosa si no realizaba defensa alguna o no se mostraba parte en el juicio; Por último, tampoco resultaba la legitimación pasiva entre copropietarios.

Por su parte, el Derecho mexicano condiciona la legitimación pasiva en el caso de los poseedores derivados (llamados detentadores en el Derecho romano), lo sean de un tercero o del propio causante, es decir, los poseedores a los cuales él derivó la posesión, ya que estas personas deben declinar el ejercicio de la acción hacia el poseedor originario o bien, asumir la defensa. De forma expresa, niega la legitimación pasiva en el caso de los copropietarios. Por último, para el Derecho mexicano sí resultan legitimados el que finge poseer, el que dejó dolosamente de poseer²⁹⁴ y también, el precarista o quien recibió la posesión del propietario a ruegos.

Ahora bien, a pesar de estas diferencias normativas, en la práctica ambos ordenamientos terminan por ser concordantes. Lo anterior se afirma, ya que si bien en el Derecho romano el legitimado pasivamente idóneo en el ejercicio de la acción reivindicatoria era el poseedor, cualquier persona quedaba ligada a la acción, aun así fueran detentadores, ya que si no interponían ninguna excepción en su defensa, perdían el juicio contra el que demostraba propiedad. De igual forma, aunque el Derecho mexicano establece que el legitimado pasivamente idóneo es el poseedor originario, resulta que cualquier persona, sea poseedor derivado de un tercero o del propietario, o bien, sea un detentador, puede quedar sujeta a la acción, ya que si no declina el ejercicio de la acción al poseedor originario, o niega la relación personal que tiene con el propietario, queda sujeta a sus efectos; además, si niega su posesión, la pierde contra quien la reclama, según lo indican así los artículos 5 y 6 del código adjetivo civil, hecho que nos permite afirmar que el argumento sostenido

²⁹⁴ Como puede notarse, el Derecho mexicano adoptó estos supuestos donde se concede la legitimación pasiva, que terminó por regular Justiniano en D. 6.1.25 y 27.3. *Vid. supra* p. 9, n. 41.

por Ulpiano respecto de que la acción reivindicatoria debe dirigirse a todo aquel que la “tenga” (la cosa) y que, mientras el actor pruebe ser el dueño, el demandado debe restituir siempre, no importando por qué causa posea, en día, sigue vigente.

1.3.1.4. Elementos que deben acreditarse

En el tema de los elementos que deben acreditarse en el ejercicio de la acción reivindicatoria, se presenta en primer lugar, una diferencia trascendental, pues en el Derecho romano clásico, el actor debía acreditar dos elementos: el dominio de la cosa y su identificabilidad, mientras que en el Derecho Civil de la Ciudad de México, el actor debe acreditar tres elementos: la propiedad sobre la cosa, su identificabilidad y por último, la posesión del demandado respecto de la cosa que reclama.

La explicación histórica que podemos ofrecer sobre la diferencia anterior, es que en el Derecho romano, los juristas clásicos concebían al procedimiento interdictal como un presupuesto necesario del juicio petitorio, a través del cual, el despojado (por regla general, el propietario) podía recuperar la posesión de la cosa a través del ejercicio del interdicto respectivo, que el pretor le concedía de forma inmediata, de tal forma que el vencedor en el procedimiento interdictal obtenía una posesión provisional y el vencido, por su parte, no le quedaba otro recurso más que acudir en su carácter de actor al juicio petitorio a ejercer la acción reivindicatoria, donde el demandado estaba ya definido por el procedimiento interdictal, pues sería aquel que disfrutaba la posesión provisional. Como puede notarse, el procedimiento interdictal servía para atribuir los papeles de actor y demandado en el juicio definitivo, por ende, su ejercicio era previo y necesario, ocasionando que el juez no tuviera ya que analizar como elemento de la acción la posesión del demandado sobre la cosa.

Siendo así, podemos calificar como un retroceso que el sistema jurídico mexicano no conciba al procedimiento interdictal como un presupuesto necesario del juicio reivindicatorio, ya que al regularse ambos procedimientos por la misma vía ordinaria civil y al ser independientes uno del otro, hacen necesario que en el juicio reivindicatorio se deba verificar como elemento lógico de la acción que el demandado

posea la cosa, hecho que priva de dos ventajas importantes al despojado, pues por un lado, no puede conseguir mediante el procedimiento interdictal la posesión de la cosa de forma inmediata ni disfrutar de ella mientras se desarrolla el juicio definitivo y, por la otra, al no poder fungir como demandado (victorioso en el procedimiento interdictal) debe asumir el papel de actor en el ejercicio de la acción teniendo para sí la carga de la prueba.

Con referencia al primer elemento de la acción “la propiedad sobre la cosa”, notamos en primer lugar una similitud, ya que en el Derecho romano se decía que el actor debía demostrar su dominio al momento de ejercer la acción o bien, aún en el momento de la *litis contestatio*, que es el momento en el que el pretor emitía su decreto consignando la fórmula en unas tablillas para dirigirla al juez para su resolución; de igual forma, en el derecho actual el actor debe acreditarlo, por regla general, al momento de entablar la demanda, pues la prueba documental constituye la base de su acción, que de conformidad con el artículo 95 fracción II, debe acompañarse a la demanda, de otra forma no podrá darse entrada a la demanda, sin embargo, el mismo Código de Procedimientos Civiles establece ciertas excepciones contenidas en los artículos 95 fracción II, 96, 97 y 99 en los cuales el actor puede acreditar la propiedad, incluso antes de concluirse el desahogo de pruebas, es decir, antes de que los autos del juicio pasen a la vista del juez para su resolución, tal como sucedía en el Derecho romano.

En segundo lugar, en este mismo punto se presenta una diferencia, que radica en la forma en la que en ambos ordenamientos se demuestra la propiedad de la cosa. En el Derecho romano clásico, la prueba de dominio implicaba que el actor debía demostrar el modo de adquisición civil por el que había adquirido la propiedad y además, debía demostrar que quien le había transmitido la cosa también era propietario y así sucesivamente según se necesitara escalar en el orden de los propietarios; en contrario, en el derecho actual se ha prescindido de la prueba diabólica del Derecho romano y en su lugar, se ha establecido un criterio más moderno que parte del argumento de que la propiedad se puede acreditar con base en presunciones que toman en cuenta la actitud y situación del demandante en

relación con el demandado y así decidir qué título debe prevalecer²⁹⁵. Esta diferencia constituye un progreso para el Derecho mexicano, pues facilita la prueba del dominio con base en criterios más lógicos, razonables y objetivos²⁹⁶.

En cuanto al segundo elemento de la acción “identificabilidad de la cosa”, ambos ordenamientos buscan acreditar la concordancia entre el título de propiedad con el que se ostenta el propietario y la cosa que se reclama, de lo cual se desprende también, que ambos ordenamientos admiten el ejercicio de la acción cuando a pesar de identificar la cosa de manera completa, el demandado posea solo una parte. Asimismo, se diferencian en que el Derecho civil de la Ciudad de México y la jurisprudencia aplicable, al hablar de la identificabilidad, hacen referencia únicamente a los inmuebles no a los muebles, siendo esto un retroceso, pues como hemos establecido, el Derecho romano en el tema de la acción reivindicatoria, elaboró una teoría más extensa sobre los muebles que respecto a los inmuebles y el hecho de que la jurisprudencia no los mencione da la impresión que dicha acción no procediera sobre estos.

Para terminar el estudio de este subtema, debemos señalar que tratándose de la carga probatoria para el demandado, el Derecho mexicano adoptó el principio romano de que el poseedor debe ser mantenido o restituido contra aquellos que no tienen mejor derecho, de lo cual se infiere que el demandado no está obligado a realizar defensa alguna ni tiene el deber de probar algo, tan solo puede esperar que el actor no acredite su acción y de este modo prevalecer en la posesión, a menos que, como hemos visto, alegue justo dominio de su parte, situación en la que deberá demostrar su afirmación.

1.3.1.5. La condena de la sentencia

Con anterioridad, habíamos advertido ya una primera diferencia que presenta la acción reivindicatoria en ambos ordenamientos, tratándose de la condena, y esta es

²⁹⁵ *Vid. supra* pp. 50 y 51.

²⁹⁶ Debe considerarse que el Derecho romano clásico no desarrolló instituciones similares al Registro Público de la Propiedad y al Notariado, como sí lo hay en día, hecho que facilita el desahogo de este elemento de la acción.

que en el Derecho romano clásico la acción no era declarativa y no siempre era de condena, mientras que en el Derecho Civil de la Ciudad de México, la acción reivindicatoria se caracteriza por ser declarativa y de condena.

En primer lugar, debe decirse que al jurista romano no le interesaba hacer declaraciones de dominio en la condena ya que para él, el dominio se reflejaba en la medida que una persona podía identificar una cosa, retenerla, obtener de ella sus aprovechamientos, pero sobre todo, porque podía recuperarla de quien la tuviera mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, siendo así, una persona reafirmaba su dominio cuando lograba vencer en juicio, de ahí que la declaración fuera innecesaria. Por su parte, el Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México, establece en sus artículos 1 y 4 la regulación de la acción reivindicatoria como acción declarativa, que tiene por objeto declarar o hacer existente el derecho de propiedad en la condena, en este sentido, la jurisprudencia ha sostenido que la declaración es una característica de la acción que ayuda a fijar derechos, desvanecer dudas y obscuridades así como a prevenir litigios futuros, sobre todo, cuando el actor se muestra en una situación de incertidumbre o inseguridad respecto a una relación jurídica o derecho²⁹⁷.

En este punto, debemos considerar como un retroceso el carácter declarativo de la acción, pues se evidencia la crítica que habíamos sostenido al analizar el concepto de propiedad, ya que el Derecho mexicano desdibuja de este concepto la posibilidad del propietario para vindicar la cosa y prevalecer ante terceros, de ahí que conciba como un elemento necesario de la condena la declaración de dominio, siendo lo correcto que la restitución se logra como consecuencia del dominio probado en el juicio. Dicho de otro modo, la declaración no es otra cosa más que la expresión de dominio contenida en el documento base de la acción o bien, del juicio realizado por el juzgador al momento de decidir la cuestión²⁹⁸.

²⁹⁷ Cfr. Sexta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. IX, p. 9, el rubro de la jurisprudencia es: "ACCIONES DECLARATIVAS".

²⁹⁸ "Es claro que el juez no puede condenar al demandado a la prestación, sin primero resolver si la prestación es debida. La condena se basa en una apreciación o declaración anterior. Por tanto, las acciones de condena son también acciones de apreciación. La diferencia está en que las acciones de simple apreciación <declarativas> tienen solo por fin la apreciación, en tanto que las acciones de condena tienen como fin último la condena, siendo la apreciación el trabajo preparatorio de condena. La distinción entre acciones o sentencias de simple declaración y acciones o sentencias de condena

En segundo lugar, la estructura de la fórmula de la acción reivindicatoria nos permite afirmar que no era siempre una acción de condena, ya que como habíamos visto, el juez antes de dictar la sentencia, emitía su *pronuntiatio*, en la cual, le hacía saber al demandado su resolución provisional, ofreciéndole la posibilidad de restituir la cosa según su arbitrio, para que de este modo saliera absuelto en la sentencia y solo en caso de desobediencia, lo condenara a pagar la suma que el propio actor estimaría de la cosa. En contrario, en el Derecho mexicano, la acción es siempre de condena pues busca únicamente la restitución de la cosa con sus frutos y accesiones y solo cuando el demandado no está materialmente posibilitado a restituir (sea porque destruya, enajene o abandone la cosa) es condenado a pagar una cantidad económica a juicio de peritos.

Ahora bien, a pesar de las diferencias apuntadas con anterioridad, referentes al carácter de la acción, podemos apreciar una nota en común, ya que si bien en el Derecho romano clásico la acción tiene como efecto condenar en la sentencia a una suma de dinero, lo cierto es que debido a que el actor podía tasar un valor subjetivo muy superior al valor real de la cosa, esto ocasionaba un efecto atemorizante en el demandado que lo constreñía a restituir, es decir, la restitución es el efecto normal que provocaba la estructura de la fórmula²⁹⁹ y la condena de dinero era el efecto anormal o extraordinario. En esta sintonía, en el Derecho mexicano el efecto normal de la sentencia es condenar siempre al demandado a la restitución de la cosa y solo que esta no sea posible por las causas mencionadas con anterioridad, condenar al pago de una suma de dinero.

Sin embargo, en este mismo punto y siguiendo la experiencia romana sobre el origen y efecto de la cláusula arbitraria, podemos calificar como un retroceso que en el Derecho mexicano, cuando la restitución se hace imposible por causas imputables al demandado (enajenación de mala fe, destrucción o abandono) únicamente se le condene a la cantidad económica de lo que valdría la cosa según el juicio de peritos, ya que en la mayoría de supuestos, lo que busca el actor no es el dinero en sí, sino

tiene importancia para los efectos de la ejecución. Solo las sentencias de condena pueden servir de base a la ejecución". Dos Reis, José Alberto, *Teoría de la acción*, trad. Guillermo García Máñez, México, Colofón S.A., 1995, p. 148.

²⁹⁹ *Vid. supra* p. 11, notas 51 y 53.

la cosa misma, de ahí que pudiera condenarse a más del valor de la cosa, hipótesis que beneficiaría más al actor y atemorizaría más al demandado a buscar su restitución (no abandonar, destruir o enajenar).

Por cuanto hace al tema de la restitución de la cosa, observamos una semejanza en ambos ordenamientos, en virtud de que esta se realiza siempre según el arbitrio del Juez, teniendo como base la posesión de buena o mala fe que haya tenido el demandado, sin embargo, el Código Civil de la Ciudad de México se aparta de la dicotomía que había establecido el Derecho romano y en su lugar establece cuatro hipótesis que parten del hecho de la posesión según esta haya sido de buena o mala fe, del tiempo que lleva el demandado en posesión, y si esta es delictuosa o no. Dichas hipótesis constituyen un retroceso para la ciencia del Derecho, debido a dos argumentos principales. En primer término, es innecesaria una clasificación tan específica como la del código civil, sobre todo cuando sus cuatro supuestos se resumen al hecho de que la posesión haya sido de buena o mala fe y en consecuencia, dichos supuestos poseen notas comunes con la clasificación que había imperado en el Derecho romano, a saber:

- 1) Restitución según exista posesión de buena fe:
 - a) El poseedor hace suyos los frutos antes de la sentencia.
 - b) El poseedor tiene derecho a exigir los gastos necesarios y útiles.
 - c) Puede retirar las mejoras voluntarias siempre que no dañe el inmueble.
 - d) Puede reclamar los gastos hechos en la cosa para la producción de frutos.

- 2) Restitución según exista posesión de mala fe:
 - a) El poseedor debe restituir los frutos consumidos antes y después de la sentencia
 - b) Responde por los daños o pérdida de la cosa, sea por culpa o *vis maior*.

En segundo término, resulta criticable que el código civil permita al poseedor en concepto de dueño, por más de un año, pacífica, continua y públicamente, pero de mala fe, no delictuosa, apropiarse de las dos terceras partes de los frutos industriales de la cosa, ya que contradice la naturaleza y reglas sobre la propiedad, accesión y apropiación de los frutos que el Derecho mexicano regula en los artículos 886, 887, 901 y 904 (y que heredó del Derecho romano), en virtud de que la propiedad de una cosa da derecho a los frutos que la misma produce y entonces, cuando el propietario reclama la cosa debe restituírsele con todos sus frutos y accesiones, de los cuales no puede verse privado de ninguna forma, menos aún por una posesión de mala fe. De este punto, colegimos que deben replantearse ciertos criterios o ideologías que la comisión redactora del código civil de 1928 adoptó para la elaboración del código, y que en realidad significan una falta de entendimiento de las instituciones jurídicas³⁰⁰.

Para finalizar este apartado resta apuntar que la restitución de los frutos en el Derecho romano, no opera dentro del mismo juicio reivindicatorio, sino en otro diverso, mientras que en el Derecho mexicano, una vez que se demuestra la existencia de los frutos o accesiones dentro del juicio reivindicatorio, se hace una condena genérica en la sentencia y su liquidación se realiza mediante un incidente en la etapa de ejecución de sentencia, con lo cual, se concluye que en ambos ordenamientos el fin principal es la restitución de la cosa y como prestación o fin accesorio la restitución de frutos y accesiones.

1.3.1.6. El Procedimiento en su ejercicio

En cuanto al tema del procedimiento a través del cual se ejercita la acción reivindicatoria, podemos dividir el análisis en dos rubros; uno, donde nos abocamos al estudio de los tipos de procedimientos en los que se ejercita la acción reivindicatoria, así como las características que poseen dichos procedimientos, y otro, donde referimos el contenido o actos procesales que integran las etapas procesales del mismo.

³⁰⁰ Cfr. Adame Goddard, Jorge (coord.), *Código Civil Federal... cit.*, pp. 66 y 67.

Como primer punto, observamos que ambos sistemas jurídicos poseen dos tipos de procedimiento en los que se puede desenvolver el ejercicio de la acción reivindicatoria, sin embargo, uno de ellos aparece como ordinario o común. Así por ejemplo, en el Derecho Romano clásico, la acción se podía ejercer a través del procedimiento de las *legis actionis* y por el procedimiento *per formulas*, siendo este último el más característico, ya que por las problemáticas que ocasionaba el procedimiento arcaico de las fórmulas verbales solemnes, el Derecho romano se vio en la necesidad de establecer un procedimiento flexible que prescindiera de formalidades, en el que las partes junto con el pretor, dieran lugar a una fórmula escrita que definiría la cuestión a resolver. En el mismo sentido, en el Derecho mexicano, la acción reivindicatoria se desenvuelve en mayor medida en el procedimiento escrito civil que en el juicio oral civil, ya que este último tiene una cuantía límite de \$500.000.00 (quinientos mil pesos 00/100 M.N.) cantidad que está muy por debajo del valor comercial promedio de los inmuebles en la ciudad de México, de ahí que el procedimiento más recurrido sea el de primera instancia.

Ahora bien, observamos como características del procedimiento formulario del Derecho romano dos principios fundamentales: la oralidad y la concentración. En efecto, el procedimiento común de la época clásica es oral, ya que a pesar de que la fórmula de la acción (y otros actos procesales) se plasman de forma escrita, hay un predominio del uso de la palabra sobre los actos escritos. Esta característica permitía la realización pronta y continua de los actos procesales que conforman al procedimiento romano. Por otro lado, se vislumbra la concentración de los actos procesales, pues ambas fases procesales (*in iure* y *apud iudicem*) concentraban todas sus actuaciones en un solo momento, sin que las mismas se tuvieran que llevar en varios días o momentos, así por ejemplo, la fase *in iure*, ante el pretor, inicia con la *editio actionis* y termina, por lo general, el mismo día con la *litis contestatio*, donde el pretor, a través de un edicto, elaboraba en unas tablillas la fórmula de la acción que habría de dirigir al juez para la resolución de la controversia. En contraposición, el procedimiento ordinario civil escrito de la Ciudad de México se caracteriza por ser eminentemente escrito, en el que los pocos actos orales (desahogo de pruebas) deben llevarse a la escritura para dejar constancia dentro del

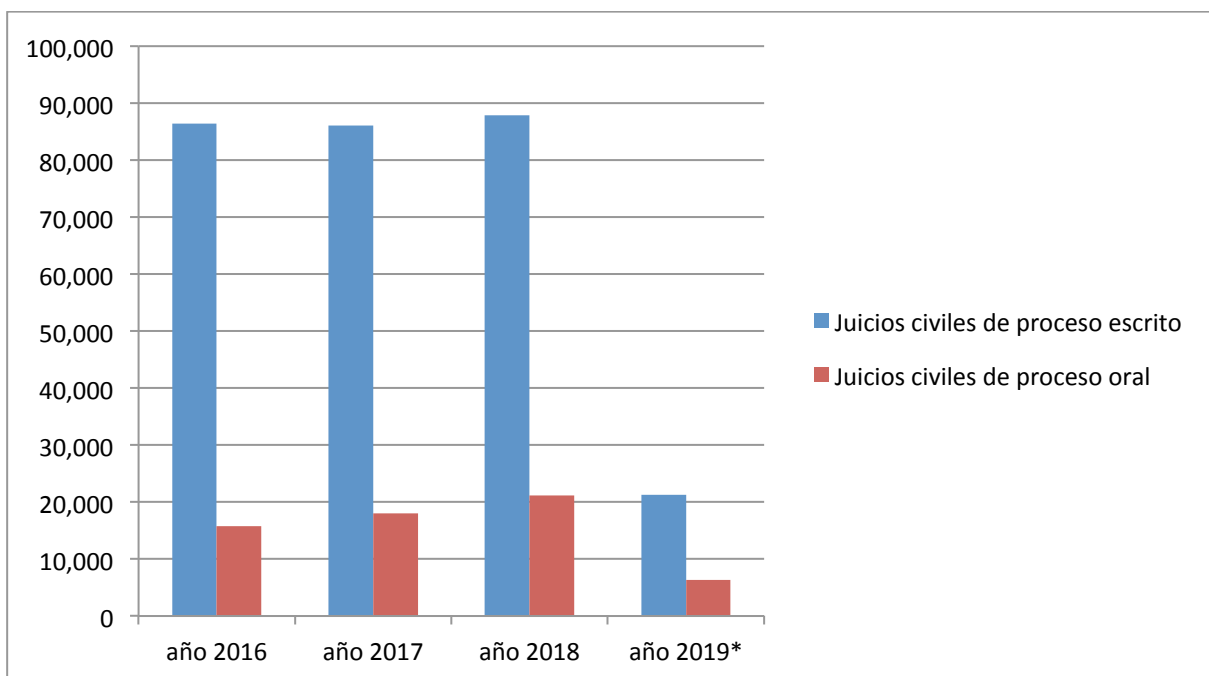
expediente, lo que ocasiona que el procedimiento sea lento y discontinuo; asimismo, carece de concentración puesto que sus fases procesales (preliminar; expositiva; de depuración, conciliación y de excepciones procesales; probatoria; conclusiva y resolutoria) se desarrollan en momentos procesales distintos, incluso, hay fases que requieren la celebración de dos o más momentos para su desarrollo (por ejemplo la fase probatoria), lo cual demora en demasía la resolución de la controversia.

Las dos ideas anteriores, nos permiten formular una crítica general al procedimiento escrito civil de la Ciudad de México, en el sentido de que al ser el procedimiento común para la defensa de la propiedad, no garantiza su efectivo ejercicio, al ser lento y tardado. Siendo así, la experiencia romana nos muestra que no es nada nuevo el argumento de que el procedimiento que incorpora la oralidad y concentración como principios del mismo, brindan mayor celeridad a las resoluciones de las problemáticas, por ello, una alternativa de solución sería elevar la cuantía de procedencia de los juicios orales en materia civil, de tal forma que este pudiera conocer de la generalidad de casos que se presentan.

Lo anterior, ayudaría a resolver de forma más pronta los juicios sobre propiedad, reduciendo a su vez, la carga de trabajo de los tribunales civiles de proceso escrito o de primera instancia, que en día, tienen un rezago preocupante dado el número tan elevado de asuntos que resuelven al año, ya que de acuerdo con las cifras que informa la Dirección de Estadística de la Presidencia del Poder Judicial de la Ciudad de México, en los años 2016, 2017, 2018 y el primer trimestre del 2019, el número de expedientes que ingresaron por año en juicios civiles de proceso escrito fueron: 86,479; 86,059; 87,918 y 21,272, respectivamente; en contrario, se han ingresado en juicios civiles de proceso oral: 15,753; 18,010; 21,156 y 6,345 expedientes, respectivamente³⁰¹, lo que demuestra la diferencia en la cantidad de asuntos que resuelven al año³⁰², según se indica en la gráfica siguiente:

³⁰¹ Informe mensual estadístico, marzo 2019, Dirección de Estadística de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, visible en el sitio electrónico: <http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/estadistica/informesestadisticos/> pp. 65 y 73.

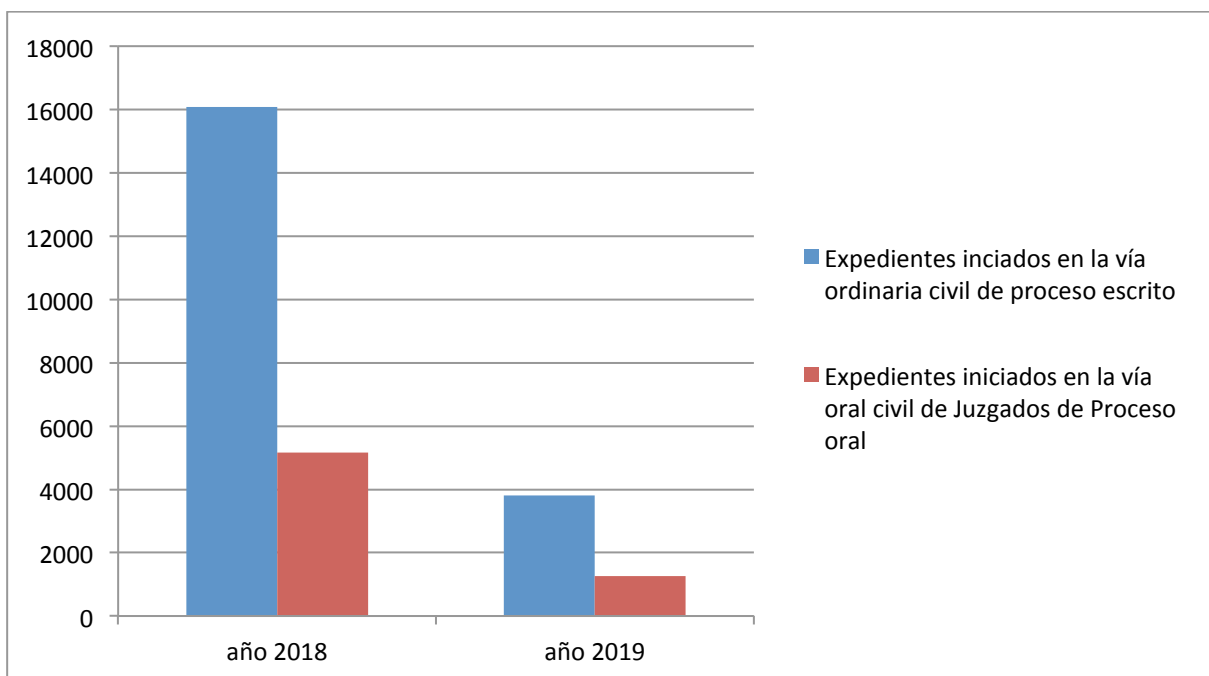
³⁰² Estos datos muestran el error en que incurrió la Comisión de Administración y Procuración de Justicia de la Asamblea Legislativa, IV legislatura, al momento de dictaminar la *"Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Reforman, Derogan y Adicionan diversas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal"*, ya que en el punto décimo noveno de dicho dictamen, apunto que: "en este ánimo por hacer un sistema más acorde al dinamismo social y a las exigencias



Ahora bien, si nos adentramos al número de asuntos que conocen los juzgados civiles de proceso escrito en la vía ordinaria civil, que es precisamente donde se desenvuelven los juicios sobre acción reivindicatoria, podemos notar que existe un mayor número de procedimientos iniciados en esta vía, en comparación con la vía oral civil de los juzgados de proceso oral, donde también se desarrolla el juicio sobre acción reivindicatoria (siempre que no exceda de la cuantía mencionada). Así tenemos que tan solo en los años 2018 y primer trimestre de 2019, los juzgados civiles de proceso escrito conocieron de 16,087 y 3,819 asuntos, respectivamente, mientras que los juzgados de proceso oral conocieron de 5,169 y 1,267 asuntos³⁰³. Dichos datos podemos compararlos en la gráfica siguiente:

propias de los tiempos en que vivimos, se propone la creación de un sistema de impartición de justicia cuya base sea la oralización del juicio en materia civil, para aquellas contiendas cuya suerte principal sea inferior a doscientos doce mil cuatrocientos sesenta pesos, *lo anterior en virtud de representar el mayor porcentaje de asuntos que conocen los jueces civiles*”, cuantía que, a pesar de haberse ya duplicado, no ha logrado representar en la actualidad el mayor número de procesos que conocen los jueces civiles, en virtud de que el número de expedientes que se tramitan al año en la vía oral, sigue siendo mínimo. *Cfr.* Diario de los debates, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV legislatura, núm. 1, año 3, México, a 18 de agosto de 2009, p. 133.

³⁰³ *Idem.* Cabe precisar que estas cifras contemplan la totalidad de juicios que pueden tramitarse en la vía escrita ordinaria civil y en la vía oral, que ascienden a más de 30 tipos de juicios y no solo a aquellos donde se ejercita la acción reivindicatoria. Sin embargo, los juicios sobre acciones reales (entre ellas la reivindicatoria y la publiciana o plenaria de posesión) se erigen como las más



Los datos anteriores nos permiten demostrar la justificación de nuestra propuesta sobre la necesidad de ampliar la cuantía de procedencia de los juicios orales en materia civil³⁰⁴, con el propósito de garantizar una defensa pronta y eficaz de la propiedad.

En cuanto al segundo rubro de análisis, que atiende al contenido de los actos procesales, podemos ofrecer cuatro notas comparativas. Como primera nota, observamos que al procedimiento formulario le precede de forma necesaria, una etapa preliminar, donde se ejercita el procedimiento interdital, cuyas funciones son proteger una posesión de hecho y preparar el juicio definitivo, atribuyendo los papeles que tendrán las partes en él, sea como actor o demandado. Por cuanto hace el Derecho civil de la Ciudad de México, este procedimiento interdital no aparece como necesario en la etapa preliminar, sino que al ejercerse en la vía ordinaria civil, al igual que el juicio petitorio, aparece como un juicio autónomo, por ende, no ofrece

importantes. Cfr. <http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/estadistica/wp-content/uploads/CATALOGO-DE-JUICIOS-Y-PROCEDIMIENTOS-2017.pdf>.

³⁰⁴ Debe tomarse en cuenta que en la actualidad existen 73 juzgados civiles de proceso escrito en comparación con los 20 juzgados civiles de proceso oral, los cuales son insuficientes para atender la demanda social que exigiría nuestra propuesta, por ello, consideramos que debe plantearse la extinción de juzgados civiles de proceso escrito para la creación de más juzgados de proceso oral.

la ventaja de su tramitación previa. Dicha nota diferencial ha sido ya objeto de nuestra crítica en un apartado anterior.

En otro aspecto, el análisis comparativo de cada uno de los actos procesales que se desarrollan en ambos procedimientos, nos permite afirmar que existe similitud y concordancia entre el procedimiento formulario del Derecho romano y el procedimiento ordinario civil escrito de la Ciudad de México, ya que ambos contemplan los mismos actos, aunque en diferentes fases, así tenemos:

- 1) Etapa *in iure* del procedimiento formulario: inicia con la *editio actionis* y termina con la elaboración de la fórmula (*litis contestatio*). Esta etapa abarca las fases preliminar, expositiva, de depuración procesal, conciliación y excepciones procesales del procedimiento civil escrito.
- 2) Etapa *apud audicem* del procedimiento formulario: inicia cuando el juez recibe la fórmula con la instrucción para resolver la controversia y termina con la sentencia. Esta etapa abarca las fases probatoria, conclusiva y resolutoria del derecho actual.

La comparación anterior nos permite reafirmar que el procedimiento oral civil es el que puede garantizar en día, la resolución pronta y eficaz de los conflictos sobre propiedad. Esto encuentra sentido si se observa que el procedimiento oral civil centra su desarrollo en dos momentos procesales, a saber:

- a) Audiencia preliminar: una vez que se ha entablado la demanda y se ha dado contestación a la misma, en esta audiencia se desarrollan los siguientes actos:
 - i) Depuración del procedimiento
 - ii) Conciliación de las partes
 - iii) Fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos
 - iv) Fijación de acuerdos probatorios
 - v) Citación para audiencia de juicio
- b) Audiencia de juicio: en esta etapa se celebran los actos siguientes:

- i) Desahogo de pruebas
- ii) Alegatos
- iii) Dictado de la sentencia definitiva

De lo anterior, podemos observar que la etapa *in iure* del procedimiento formulario se desarrolla con gran similitud a la audiencia preliminar, con excepción de la demanda y contestación a la misma, cuyos actos tienen una naturaleza escrita. Asimismo, observamos que con excepción de las pruebas que son ofrecidas en los escritos iniciales de demanda y de contestación, así como de la admisión de pruebas que se desarrolla en la primera audiencia³⁰⁵, toda la etapa *apud audicem* del procedimiento formulario se observa en la audiencia de juicio, pues es allí donde tiene lugar el desahogo de las pruebas, el discurso de los alegatos y el dictado oral de la sentencia. Por lo anterior, consideramos que tanto la investigación y la docencia, en conjunto con el trabajo legislativo, deben centrar sus esfuerzos en hacer del procedimiento oral, no solo el procedimiento común, sino único, ya que tiene gran semejanza con el procedimiento formulario romano cuya experiencia jurídica nos da testimonio de su gran efectividad.

Como tercer punto de análisis, advertimos que el procedimiento romano clásico difícilmente conoció una etapa impugnativa o de apelación, en tanto que no era posible que un particular revisara la sentencia que emitía un juez, quien también era particular. En el Derecho mexicano, la etapa de impugnación se encuentra bien establecida, a través de los órganos judiciales del Estado que se encuentran relacionados por jerarquía o grado, situación que permite a las partes pedir la revisión de los actos de la autoridad judicial de primer grado. Esta diferencia constituye un progreso para la ciencia del Derecho, incluso, el Derecho de acceder a un recurso ante una instancia superior, es reconocido como un derecho humano³⁰⁶.

³⁰⁵ Cfr. Artículos 980, 982, 983, 1000, 1006, 1007 del Código adjetivo civil de la Ciudad de México.

³⁰⁶ La Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso Mendoza y otros vs. Argentina estableció en la sentencia de 14 de mayo de 2013, en el párrafo 244 que: “el artículo 8.2h de la convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz. Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio ese derecho”. Carbonell, Miguel y Caballero González, Edgar S. *op. cit.*, pp. 298 y 299. Cfr. Tesis 1a. CXXXIX/2017,

Por último, debemos puntualizar el análisis de la última fase procesal, la etapa de ejecución. En ambos ordenamientos se contempla esta fase procesal, aunque con fines distintos, en virtud de que en el Derecho romano clásico, a través de ella se busca el embargo (*missio in bona*) y venta de los bienes en pública subasta para satisfacer el crédito que contiene la sentencia. Por lo que hace a nuestro derecho, la etapa de ejecución tiene como fin la entrega y desocupación forzosa del bien inmueble o la entrega de la cosa, mediante el uso de la fuerza pública y solo en el caso de que la restitución de la cosa no sea posible, el actor debe instar la vía incidental para buscar el pago económico de lo que valía la cosa a juicio de peritos, situación de la que hemos formulado nuestra crítica en el apartado correspondiente.

2. Estudio comparativo de la *possessio* y la posesión

2.1 Concepto

El estudio comparativo de la posesión en el Derecho romano clásico y en el Derecho Civil de la Ciudad de México, resulta un tema paradójico, pues mientras el primero la concibió con claridad, para el segundo, resulta un tema lleno de contradicciones.

Al entrar al estudio comparativo del concepto de posesión, notamos una diferencia significativa de ambos ordenamientos, ya que el Derecho romano sí definió a la posesión como un mero poder físico de hecho que ejerce una persona sobre una cosa corporal, mientras que nuestra legislación civil, siguiendo a la teoría objetiva de la posesión, no define a la posesión sino al poseedor, diciendo que es poseedor el que ejerce sobre una cosa un poder de hecho.

Con base en estos elementos, se desprende que hay concordancia entre ambos sistemas jurídicos, ya que no toman en cuenta en la definición el *animus dominii* o la intención de la persona de poseer a título de dueño, sino que basta para ser considerado poseedor un mero contacto o poder físico sobre la cosa, siendo

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, octubre de 2017, p. 498, el rubro de la jurisprudencia es "TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO A RECURRIR UN FALLO ANTE UNA INSTANCIA SUPERIOR Y EL DE ACCEDER A UN RECURSO ADECUADO Y EFECTIVO".

innecesario, que ese poder físico se encuentre respaldado por un título legal. Asimismo, ambos ordenamientos son similares, en señalar que la posesión se alcanza con el *corpus* y el *animus*, sin embargo, difieren en la forma en la que los conciben; mientras el Derecho romano entiende por *corpus* el poder físico sobre la cosa, la teoría objetiva que sigue nuestra legislación, lo concibe como “el conjunto de hechos que demuestran la explotación económica de la cosa”; por su parte, el *animus* para el Derecho romano clásico es el conocimiento o entendimiento de la persona sobre el hecho de su posesión, esto es, “que tiene la cosa y entiende lo que hace”, lo que nuestro Derecho concibe como “el propósito o intención del poseedor al explotar la cosa, en la teoría objetiva”.

De lo anterior, podemos colegir que el Derecho mexicano se aparta de la noción clásica de posesión al considerar que la tenencia material o explotación económica de la cosa tiene en el fondo un propósito, siendo este el *animus*, lo que podemos calificar como un retroceso, pues el *animus* en la visión clásica del jurista, no implica una intención o propósito, sino un entendimiento o conocimiento.

Por cuanto hace al objeto de la posesión, encontramos también una nota diferencial, en virtud de que para el Derecho romano, solo podían ser objeto de posesión las cosas u objetos materiales, mientras que para nuestro Derecho, pueden ser objeto de posesión las cosas corporales e incorpóreas, como los derechos. Esta diferencia puede calificarse como un retroceso para la ciencia del Derecho, ya que si partimos de que la posesión es un poder físico o material, entonces, podemos deducir que este elemento es sujeto de apreciación objetiva a través de los sentidos, puesto que requiere un contacto físico sobre la cosa, por ende, la posesión no puede darse sobre cosas abstractas e ideales, como los derechos, siendo así, compartimos la idea de que un derecho no se posee, se ejerce, ya que quien goza de él, lo hace a través de su ejercicio por ser titular, no poseedor³⁰⁷.

³⁰⁷ Incluso, los juristas romanos clásicos nunca concibieron la existencia de la posesión sobre los derechos; ya en el Derecho postclásico, los juristas se sirven de una analogía para explicar la relación entre la persona (titular) y su derecho, a través de la expresión *quasi possessio* (como posesión), lo que nos indica que esta forma nunca significó una posesión plena. *Vid. supra*, pp. 21 y 63.

2.2 Tipos de posesión

En el tema de tipos de posesión, ambos sistemas cuentan con una diferente enunciación y concepción de las formas de posesión, a saber:

- 1) Derecho romano clásico:
 - a) Posesión civil o posesión hacia la usucapio
 - b) Posesión pretoria o interdictal
 - c) Posesión natural o detentación

- 2) Derecho Civil de la Ciudad de México
 - a) Posesión originaria
 - b) Posesión derivada
 - c) Posesión útil o sin título
 - A lado de estas posesiones contempla una llamada detentación que no constituye una forma de posesión.

Como primer punto de análisis, observamos que la posesión civil o *possessio ad usucapionem* del Derecho romano, es semejante a la posesión originaria del Derecho mexicano, ya que ambas figuras se conforman con los elementos *corpus* y *animus* que integran la posesión, más el elemento del *animus dominii* (intención a título de dueño), es decir, en este tipo de posesión la persona que posee, lo hace con miras a convertirse en propietario, ya que ampara su posesión en un título jurídico, también llamado justa causa, por ello se dice que posee en concepto de dueño, en consecuencia, a través de ellas, el poseedor puede llegar a convertirse en propietario con el mero transcurso del tiempo por medio de la *usucapio*. A estos poseedores se les concede el mismo medio de defensa, la acción publiciana.

En un segundo plano, observamos una relación interesante entre la posesión natural e interdictal del Derecho romano y la posesión derivada del Derecho mexicano, ya que nuestro derecho llama “poseedor derivado” al detentador o

poseedor natural del Derecho romano³⁰⁸, en virtud de que ambos poseedores, reciben la cosa de un tercero (el propietario o poseedor originario, respectivamente) derivado de una relación comercial, sea por arrendamiento, comodato, depósito, etc., esta causa que justifica su posesión no les permite usucapir. Ahora bien, la diferencia que se presenta es que, los poseedores naturales no tenían defensa jurídica en Roma para defender su posesión ante terceros, sino que debían acudir o exigir por medio de la acción personal (que nacía del negocio celebrado) a su causante para que entablara la defensa, en cambio, el Derecho mexicano sí les concede a estos poseedores derivados los interdictos posesorios como medio de defensa, hecho que nos permite concluir que el Derecho mexicano asimila en la figura del poseedor derivado al poseedor natural e interdictal del Derecho romano.

Ahora, a pesar de que los poseedores naturales en Roma no tenían un recurso para defender su posesión ante terceros, consideramos como un progreso que el Derecho mexicano extienda la defensa interdictal a estos poseedores que llamamos derivados, pues debe considerarse que los interdictos buscan tutelar una posesión de hecho sin entablar cuestiones de propiedad, de ahí que el efecto sea benéfico para estos poseedores que pueden defenderse, sin tener que acudir a su causante, al mismo tiempo que se extiende la protección posesoria a personas que en principio, estarían desprotegidas ante perturbaciones o ataques injustos³⁰⁹.

En este contexto, al analizar la posesión interdictal podemos concluir que esta ha tenido cambios significativos, pues mientras en el Derecho romano solo ciertas personas resultaban protegidas por los interdictos posesorios, en el Derecho actual

³⁰⁸ Es incorrecto afirmar que el código civil “confunde” al detentador del Derecho romano con la figura del poseedor, en primer lugar, porque para el Derecho romano los detentadores sí eran poseedores aunque naturales, en segundo, porque la Comisión Redactora del Código Civil de 1928 estableció que quiso considerarlo “poseedor” para proteger un estado de hecho que tiene valor económico y social por sí mismo, es decir, la confusión no existe, sino que la equiparación del detentador del Derecho romano con un poseedor interdictal que hizo el Derecho mexicano, fue intencional.

³⁰⁹ En Roma, había detentadores que sí estaban protegidos por los interdictos, tales como el acreedor pignoraticio, el *sequester*, y el precarista. Tal como señala Guzmán Brito, “estos poseedores pretorios, se trata ciertamente de tenedores de cosas, pero examinada su tenencia desde el punto de vista del Derecho civil, ella corresponde a la posesión natural o mera tenencia, y no a la posesión civil”, es decir, la diferencia entre un poseedor natural y estos poseedores interdictales, es solo el recurso que les concede la ley como medio de defensa. Las fuentes del Derecho romano no brindan razones de suficiente peso para considerar que estos detentadores no deban ser protegidos en el Derecho actual, ya que se trata de poseedores naturales privilegiados por el pretor para la defensa interdictal. Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, p. 568; *Vid. supra*, pp. 26 y 27.

estos se conceden a toda persona que tenga un poder físico de hecho sobre una cosa y cuya posesión le sea perturbada o despojada sin derecho, de ahí que al haberse generalizado la defensa interdictal a todo poseedor, se hace extensivo el fin primordial del interdicto, que ante cualquier conflicto de posesión, las personas se abstengan de hacer justicia por propia mano, preservando así el orden público.

En este orden de ideas, podemos calificar como un retroceso la regulación de la llamada posesión útil o sin título que establece el Derecho mexicano, donde la Comisión Redactora del código civil de 1928 estableció que “merece más protección el individuo que sin ser propietario hace producir la cosa, que el mismo propietario indolente que mantiene ociosa la propiedad”, esto se afirma, dado que la posesión sin título, en estricto sentido, legitima un acto que por naturaleza es ilegítimo, como lo es el despojo, ya que prioriza la defensa de cualquier persona que entra en la posesión de las cosas de otro que al mismo propietario, concediéndole el derecho incluso a percibir ciertos frutos industriales. No debe perderse de vista que el fin de la defensa de la posesión es prevenir y condenar situaciones ilegales, más no incentivar y premiar a realizarlas. Por lo anterior, propusimos en apartados anteriores, la necesidad de replantear el estudio de ciertos ideales revolucionarios de los que está inmerso el Código Civil de la Ciudad de México, que terminan por contradecir la naturaleza de ciertas instituciones.

Por último, debemos hacer mención de la detentación que regula el Derecho mexicano, misma que consideramos como un retroceso para la ciencia del Derecho, ya que nuestro Derecho llama detentación a la tenencia que tiene una persona sobre una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de la cosa, a la cual no le concede defensa jurídica, siendo así, puede notarse que esta detentación es semejante a la posesión natural del Derecho romano, sin embargo, el error de nuestro código es que al detentador no se le considera poseedor, siendo que ejerce un poder físico de hecho sobre la cosa, por ello, la confusión de términos técnico-jurídicos por parte del legislador nos permite hablar de un desconocimiento de las instituciones jurídicas.

Por lo anterior, consideramos que tomando en cuenta la defensa que pueda tener cada tipo de posesión, la denominación correcta que podría adoptarse sería llamar

poseedor civil al poseedor originario, poseedor interdictal a los poseedores derivados y poseedor natural o detentador al presente caso que nos ocupa³¹⁰.

2.3 Defensa de la *possessio* y de la posesión

La comparación de los medios de defensa de la posesión versa sobre dos ejes temáticos. En primer lugar se compara en ambos sistemas jurídicos la acción publiciana y, en segundo lugar, a los interdictos posesorios, ahora, como la acción publiciana se otorga en apariencia de propietario, se vislumbra en un grado mayor que los interdictos posesorios, que solo protegen posesión material, por ende, comenzamos con la explicación de la primera.

2.3.1 La *actio publiciana* (acción publiciana o plenaria de posesión)

2.3.1.1 Concepto

La comparación de la acción publiciana en ambos sistemas jurídicos, nos permite afirmar que el régimen de la acción del Derecho romano clásico se ha asimilado en un alto grado en nuestro sistema jurídico, a pesar de las diferencias que a primera vista resultan notorias.

Como primer punto, identificamos que la diferencia fundamental entre ambos ordenamientos consiste en que la acción publiciana en el Derecho romano clásico protegía un tipo de propiedad, llamada *dominium bonitario* o *dominium in bonis*

³¹⁰ Existe correlación entre el poseedor civil del Derecho romano y el poseedor originario del Derecho mexicano, asimismo, entre el poseedor natural o detentador y el poseedor derivado. Así, en el primer caso, cuando el poseedor civil cedía el uso de la cosa al detentador, ambos eran poseedores en sentido estricto, en tanto que el poseedor civil transmitía una posesión natural, conservando posesión civil, lo que le permitía usucapir y reclamar la cosa mediante los interdictos posesorios y la acción publiciana; en el segundo caso, cuando el poseedor originario cede el uso de la cosa al poseedor derivado, ambos se consideran poseedores de acuerdo con el artículo 791 del Código Civil, por ende, el poseedor originario conserva posesión civil teniendo el ejercicio (subsidiario, artículo 792) de los interdictos y de la acción publiciana, pudiendo también prescribir la cosa, con la única diferencia que el poseedor derivado al recibir la posesión natural, sí puede defenderla con los interdictos.

habere, mientras que en el Derecho mexicano esta acción protege la posesión jurídica, no la propiedad. Paradójicamente, esta diferencia al final del camino, constituye una similitud, lo cual puede explicarse de la siguiente forma. En el Derecho romano, el régimen pretorio de la acción publiciana llegó a considerarse como un verdadero *dominium*, en virtud de tres aspectos:

- 1) Porque la fórmula de la acción publiciana contenía una ficción de propiedad.
- 2) Porque la condena de la acción publiciana conseguía los mismos fines de la acción reivindicatoria.
- 3) Porque en algunos casos, el propietario bonitario podía vencer en juicio al propietario quirritario, hecho que terminó por reafirmar el sentido de *dominium*.

Siendo así, puede deducirse que si la acción publiciana protegía la propiedad bonitaria, que era sinónimo de posesión civil, y, si consideramos la conclusión del subtema anterior respecto de que la posesión civil del Derecho romano es similar a la posesión originaria del Derecho mexicano, entonces, podemos concluir que el *dominium bonitario* o *in bonis habere* se asimiló al igual que la posesión civil, en la posesión originaria del Derecho mexicano.

En este contexto, resulta que el objeto de la acción publiciana en ambos sistemas es similar, ya que protege la posesión jurídica, esto es, aquella que se ampara en una causa justa o título justo para poseer. Esta acción tiene la finalidad de proteger la posesión de quien ha obtenido de forma justa una cosa identificable, que sin embargo, no observó las formalidades o solemnidades que establece el Derecho civil, razón por la cual no puede actuar como propietario. Siendo así, puede concluirse que la controversia a resolver en el ejercicio de esta acción es determinar quién tiene mejor derecho a poseer una cosa, si quien la posee o quien la reclama y se afirma como poseedor civil.

Finalmente, la acción publiciana en ambos ordenamientos presenta casi las mismas características, ya que se afirma como una acción real, privada y temporal o indeterminable; además, nuestro estudio comparativo nos permite afirmar que la ficción es una característica de la acción que está presente en ambos sistemas, por

tanto, la única diferencia que presentan es que en el Derecho romano clásico esta acción tenía su fundamento en el Derecho honorario, mientras que en la actualidad está reconocida por el Derecho civil.

2.3.1.2 La fórmula de la *actio publiciana* y el enunciado del artículo 9 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México

La fórmula de la acción publiciana en el Derecho romano clásico ha llegado a nuestro Código de Procedimientos Civiles sin variaciones significativas. Lo anterior, puede deducirse del estudio de los elementos que contiene tanto la fórmula como el enunciado actual de la acción.

La primera parte de la fórmula y del enunciado de la acción sugiere la hipótesis que una persona haya adquirido de buena fe y con justa causa (Derecho romano) o justo título (Derecho mexicano), una cosa identificable³¹¹. Asimismo, ambas fórmulas contienen una ficción de propiedad, pues por una parte, en el Derecho romano se finge que el poseedor ha completado el término para usucapir la cosa y por ende, la reclama como propietario, por la otra, en el Derecho mexicano dicha acción le es concedida al poseedor originario aun cuando no haya prescrito, para conseguir los mismos efectos que la acción reivindicatoria, o sea, este mecanismo de defensa le es concedido a semejanza de propiedad.

La diferencia que presentan ambos enunciados son las mismas que explicamos en el apartado de la acción reivindicatoria, es decir, que fórmula de la acción clásica del Derecho romano presenta una cláusula arbitraria que permite al demandado

³¹¹ Consideramos que el estudio teórico de la acción debe ir de la mano con el estudio práctico, pues en la actualidad los códigos sustantivo y adjetivo están separados y de manera común, al realizar una reforma a uno de ellos, no se toma en cuenta lo que dicta el otro; por ende, como manifiesta García Luque “para una mejor comprensión del título que el código civil dedica a la posesión, se debe tener presente que si bien el legislador introdujo la tesis objetiva, no modificó muchos de los artículos que regulan la posesión y la prescripción positiva, lo que puede dar lugar a contradicciones...es indispensable tener presente la parte adjetiva que al respecto consignan los códigos de procedimientos civiles relativa a los interdictos de retener y recuperar la posesión, a la acción plenaria de posesión y a la reivindicatoria, pues, como bien enseñan las fuentes romanas, la posesión es una institución que solo se explica desde la óptica de la contienda, del conflicto”. Adame Goddard, Jorge (coord.), *Código Civil Federal... cit.*, p. 39.

restituir la cosa según el arbitrio del juez antes de la emisión de la sentencia para salir absuelto en ella, so pena de ser condenado a pagar lo que valía la cosa a juicio del propio actor, siendo esta la segunda diferencia, en virtud de que la acción perseguía, a través de la sentencia, una cantidad en dinero, mientras que en el Derecho vigente la sentencia condena a la restitución misma de la cosa.

2.3.1.3 Legitimación activa y pasiva

En ambos sistemas jurídicos, en el ejercicio de la acción se encuentra legitimado activamente al adquirente de buena fe y con justo título de una cosa identificable de la cual, ha perdido la posesión, pero que en razón de la justa causa, se ostenta como propietario. Además, esta justa causa nos permite identificar que algunas hipótesis de procedencia de la acción publiciana que existían en el Derecho romano, siguen vigentes, a saber:

- 1) Cuando el propietario reconocido así por el Derecho civil, no le interesa afirmarse como propietario en el juicio petitorio, sino solo demostrar que tiene mejor derecho para poseer, sea por que le es más conveniente acreditar los elementos de la acción publiciana que los de la acción reivindicatoria, o bien, porque de acuerdo al caso concreto, es mejor plantear la controversia sobre quién tiene mejor derecho a poseer (por ejemplo cuando ambas partes cuentan con título de propiedad)³¹².
- 2) Cuando en virtud del vicio del justo título o justa causa que tiene el poseedor, no puede actuar como propietario, sino solo ostentarse como tal, este poseedor puede ejercer la acción publiciana.
- 3) Cuando una persona adquiere una cosa identificable de quien no es propietario sino solo poseedor civil, en este caso, al adquirirla tampoco puede actuar como propietario, sino que al ocupar la condición jurídica del cedente, solo puede actuar en defensa de la cosa con la acción publiciana.

³¹² Vid. *supra*, p.10, n. 48.

Por otra parte, en cuanto a la legitimación pasiva, encontramos una diferencia que hemos precisado en el capítulo pertinente de la acción reivindicatoria, esta consiste en que en el Derecho romano, la acción publiciana al ser una acción real, el procedimiento interdictal aparecía como necesario, en consecuencia, la legitimación pasiva se dirigía contra la persona que habría triunfado en el trámite del interdicto respectivo y que al momento, disfrutaba de la posesión provisional. En contraste, la legitimación pasiva en el Derecho mexicano se da en principio contra toda persona con la que se estima que no tiene mejor derecho a poseer.

En este orden de ideas, resulta que ambos ordenamientos son semejantes en que la legitimación pasiva no puede darse contra el justo dueño (Derecho romano) o contra el poseedor que tiene registrado su título de propiedad (Derecho Mexicano), ya que este tiene la misma defensa procesal en ambos sistemas jurídicos que es la *exceptio iusti domini* o excepción de justo dueño. Quizá la única crítica que merece el Derecho Civil de la Ciudad de México es que no ofrece respuesta sobre qué recurso o medio de defensa civil tiene el poseedor originario que por justo título recibe la cosa del justo dueño y sufre despojo por este mismo; esta controversia es la que contrapone el justo dominio del despojante con la justa causa que él mismo transmite al poseedor originario, siendo así pensamos que la respuesta debe ser la misma que se otorgaba en el Derecho romano, esto es, que ante la demanda de acción publiciana, el demandado interpondría la excepción de justo dueño, en consecuencia, al contestar las excepciones y defensas, el actor podría alegar la réplica de excepción de cosa vendida y entregada, triunfando así ante el propietario civil aunque tuviera inscrito su dominio.

2.3.1.4 Elementos que deben acreditarse

Para acreditar la procedencia de la acción publiciana en el Derecho romano clásico y en el Derecho civil de la Ciudad de México, se cuentan con diferentes elementos. En cuanto al primer ordenamiento, se parte del supuesto que el poseedor civil ha completado el plazo exigido para usucapir la cosa y por eso, reclama como

propietario, en consecuencia, únicamente debe acreditar los demás requisitos exigidos para la usucapio, es decir:

- 1) Usucapibilidad de la cosa
- 2) Justa causa que amparaba la *traditio* (entrega)
- 3) Buena fe

Mientras que en el Derecho mexicano, a pesar de que se concede la acción publiciana cuando el poseedor originario no ha prescrito, se exigen elementos diferentes que aquellos establecidos para la prescripción adquisitiva, los cuales son:

- a) Justo título para poseer
- b) Buena fe
- c) Que el demandado posee la cosa que se le reclama
- d) El mejor derecho del actor para poseer que el que alega el demandado

En este sentido, resulta que hay similitud entre ambos ordenamientos por lo que hace a los elementos de justa causa o justo título y la buena fe. Ahora bien, al analizar el contenido del elemento de justo título, podemos notar que en el Derecho romano, para que el reclamante pudiera ejercer la acción publiciana se requería que demostrara no solo la existencia de la justa causa sino también, la entrega de la cosa o sea, que había recibido la misma, mientras que en nuestro Derecho, no es necesario que el poseedor originario demuestre haber poseído materialmente la cosa, sino que basta haber adquirido la posesión jurídica (el título jurídico que ampara su posesión) para que pueda ejercer la acción.

Lo diferencia anterior, podemos calificarla como un progreso, ya que como ha sostenido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al analizar cada caso en particular, podría darse el supuesto de que el poseedor originario estuviera indefenso al no poder ejercer la acción reivindicatoria por no ser propietario, y que tampoco pudiera ejercer los interdictos posesorios al no haber tenido nunca la posesión material, de ahí que si la acción publiciana protege una

posesión jurídica, no debe ser requisito demostrar haber tenido el poder físico de hecho, pues el código civil considera poseedor aun a quien sin tener la tenencia material de la cosa, se ostenta como propietario de ella.

En cuanto al elemento de la buena fe, existe similitud puesto que ambos exigen la fiel creencia de que la persona recibe la cosa del justo propietario, es decir, que el poseedor ignora los vicios respecto de la justa causa o justo título por la que adquirió la posesión de la cosa.

En otro aspecto, se diferencian en que la acción publiciana del Derecho romano, no incluía como elemento de la acción la posesión que tuviera el demandado respecto de la cosa que reclama, hecho que se justifica porque en el procedimiento formulario, el tramite del interdicto posesorio aparecía como una etapa previa y necesaria, en la cual, una de las partes triunfaba gozando de la posesión provisional y que a la postre, sería el demandado en el juicio definitivo, por ende, al no existir esta etapa previa y necesaria en el Derecho mexicano, es lógico suponer que la posesión del demandado sea un requisito de procedencia, situación que por demás, hemos calificado como un retroceso de nuestro sistema jurídico.

Una de las diferencias que presenta el análisis comparativo, es que en el Derecho mexicano se incluye como cuarto elemento de la acción el “que es mejor el derecho a poseer el del actor que el que alega el demandado”, diferencia que consideramos como un retroceso para la ciencia del Derecho, ya que en realidad, la cuestión o materia del juicio en el trámite de la acción publiciana es precisamente resolver quién tiene mejor derecho a poseer, si el actor o el demandado, entonces resulta irrisorio que el razonamiento o estudio del caso que realiza el juez para resolver la controversia sea un elemento de la acción; el juicio del juzgador es la conclusión del asunto, no un elemento de la acción.

Para finalizar el estudio de los elementos a acreditar en esta acción debemos enfatizar que el demandado no está obligado entablar defensa alguna, salvo que alegue justo dominio o bien, que posee en virtud de un derecho personal concedido por el mismo poseedor civil.

2.3.1.5 La condena de la sentencia

Según lo expuesto en el subtema de condena de la acción publiciana del Derecho romano clásico y la relativa en el Derecho mexicano, sostuvimos que esta acción al ser concedida a semejanza de propiedad consigue los mismos efectos de la acción reivindicatoria, por ende, en aras de evitar repeticiones innecesarias, remitimos al lector al apartado comparativo que expusimos en el subtema de condena de la acción reivindicatoria.

2.3.1.6 El procedimiento en su ejercicio

La acción publiciana en el Derecho romano clásico se ejercitaba al igual que la acción reivindicatoria, en mayor medida en el procedimiento formulario, de manera semejante, la acción publiciana se ejercita en el Derecho mexicano de la misma forma que la acción reivindicatoria a través del juicio ordinario civil escrito, por ende, al ser los mismos procedimientos, resultan aplicables en este apartado los comentarios vertidos en el estudio comparativo realizado en el tema de procedimiento de la acción reivindicatoria.

2.3.2 Los interdictos (*interdicta*)

2.3.2.1 Concepto

El estudio comparativo del concepto de interdicto, nos refleja una diferencia fundamental en ambos sistemas jurídicos, por cuanto hace a su naturaleza jurídica. Los interdictos en el Derecho romano clásico, se caracterizaban por ser una orden o providencia de carácter administrativo, sumaria y emitida fuera de procedimiento judicial, para preservar apariencias jurídicas a fin de mantener el orden público y paz social, mientras que en el Derecho Civil de la Ciudad de México, los interdictos se

afirman como acciones reales que se tramitan dentro de un procedimiento judicial en la vía ordinaria civil escrita, cuya protección o amparo de las apariencias jurídicas se consigue hasta la sentencia definitiva.

Ahora, siendo la finalidad principal del interdicto la protección provisional y urgente del hecho posesorio, la regulación jurídica del procedimiento interdictal que establece nuestro derecho resulta ser un retroceso para la ciencia del Derecho.

Lo anterior se afirma en primer lugar, porque la situación o conflicto posesorio que se busca proteger de forma urgente, difícilmente encuentra protección a través de un procedimiento lento y largo como lo es la vía ordinaria civil escrita de la Ciudad de México, sobre todo si se piensa que en muchas de las ocasiones el ejercicio del interdicto busca evitar el despojo que amenaza con realizarse. Asimismo, no debe perderse de vista que el interdicto tiene por objeto la protección de la posesión material (no jurídica) mediante una decisión de carácter provisional, esto es, no busca resolver en definitiva la cuestión de fondo, en consecuencia, resulta innecesario y absurdo agotar un juicio ordinario para obtener una decisión provisional, cuya demora del procedimiento es la misma que la del juicio reivindicatorio o plenario de posesión que sí resuelven en definitiva la cuestión, dicho de otra forma, es incorrecto concebir al interdicto como acción y no como una providencia de carácter preventiva³¹³.

Otro aspecto que ayuda a concebir al interdicto es que al fijar provisionalmente la cuestión, protegen la posesión provisional de una de las partes, dejando la carga a la otra de ejercer la acción real que resuelva en definitiva el asunto, sea a través de la acción reivindicatoria o publiciana, es decir, el interdicto prepara el juicio definitivo atribuyendo los papeles de actor, a la persona que fue vencida en el interdicto, y de demandado, a quien goza de la protección provisional. Esta característica permite al

³¹³ “Esta idea original del interdicto, en cuanto a su naturaleza jurídica y la rapidez de su tramitación, se ha perdido en el Derecho positivo mexicano...dicha protección <posesoria> se puede llevar a acabo además por dos vías: por una parte, el afectado puede promover una acción reivindicatoria siempre y cuando sea propietario o bien denunciar, por ejemplo, el delito de despojo en la vía penal...ninguna de ellas ofrece una solución rápida y eficaz”. Agudín Colmenares, María de la Paz, *op. cit.*, pp. 464 y 465; “en la acción de recuperar la posesión, que tal y como aparece legislada en poco se distingue de la reivindicatoria o la plenaria de posesión, la duración del juicio representa el mismo problema, pues mientras no se resuelva el litigio el actor no podrá disfrutar de la posesión de la cosa...el remedio interdictal actual es inoperante al grado de que se ha convertido en letra muerta”. García Luque, José Antonio, *op. cit.*, pp. 491-493.

poseedor que sufre perturbaciones o amenazas de despojo, enfrentar el juicio definitivo gozando de la posesión, a la vez que arroja la carga de la prueba al perturbador o despojante para acreditar el mejor derecho o dominio sobre la cosa de la cual trata de hacer justicia por propia mano, siendo así, resulta evidente que el trámite del interdicto debe ser anterior y necesario al juicio petitorio. La orden interdictal debe conseguirse fuera del procedimiento judicial ordinario³¹⁴ y no hasta la emisión de una sentencia definitiva.

De lo anterior inferimos que en el Derecho romano clásico, existen tres elementos en el concepto de interdicto que ayudaron a garantizar una defensa pronta y eficaz de la posesión material, los cuales pueden contribuir al Derecho mexicano a concebir de forma correcta la naturaleza jurídica de los mismos, estos son:

- a) Providencia u orden preventiva
- b) Sumaria
- c) Emitida fuera de procedimiento judicial ordinario

Estos elementos nos permiten fundamentar nuestra propuesta de regulación efectiva en el sentido de reubicar a los interdictos en su naturaleza jurídica, es decir, como un mecanismo de defensa que tiene lugar en la etapa previa al procedimiento definitivo. De esta forma, en el Derecho mexicano, los interdictos deben ser ubicados dentro de las llamadas providencias cautelares³¹⁵, en virtud de que estos procedimientos tienen como características:

- a) Ser órdenes de carácter provisional.

³¹⁴ La razón por la cual los interdictos deben resolverse previamente a la acción plenaria de posesión o la de dominio es la siguiente: en el interdicto simplemente se protege el hecho de la posesión, sin importar el mejor derecho a poseer; consecuentemente, cualquier ataque o daño a la posesión debe resolverse en una forma sumaria, inmediata". Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 717.

³¹⁵ De los 32 estados de la república mexicana que regulan la figura jurídica del interdicto, 19 establecen un procedimiento diferente al de la vía ordinaria civil de la Ciudad de México; unos lo regulan como procedimiento sumario (sumarísimo o extraordinario), estos son: Campeche, Colima, Chihuahua, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa y Yucatán; otros establecen una vía especial para su tramitación (diferente a la sumaria): Morelos, Nuevo León y Tamaulipas; otros lo regulan a través del juicio oral: Quintana Roo, Sonora y Zacatecas; finalmente solo dos Estados lo regulan como providencia precautoria: Chiapas y Puebla.

- b) Protegen apariencias jurídicas ante una situación de peligro y observando el riesgo de espera de una resolución definitiva.
- c) Son medidas de protección emitidas de forma inmediata antes o durante el procedimiento³¹⁶.

Lo anterior, no solo permitiría tener una concepción correcta del interdicto posesorio en nuestro derecho, sino también, garantizaría la protección de la posesión material mediante un mecanismo sumario, provisional y previo al juicio definitivo³¹⁷.

En otro aspecto de análisis, observamos que en el Derecho romano clásico, los interdictos posesorios tenían como objeto la protección de la posesión material tanto de bienes muebles como inmuebles, mientras que los derechos reales eran protegidos, aparte de las acciones reales principales, con interdictos especiales o análogos a la figura del poseedor o propietario. Por su parte, en el Derecho mexicano, el objeto de protección lo constituyen los bienes inmuebles y los derechos reales que se constituyen sobre ellos, por ende, se aprecia que el Derecho mexicano unificó la misma defensa interdictal respecto a estas dos figuras, lo que significa un progreso para nuestro Derecho, sin embargo, dejó fuera a los bienes muebles dejando desamparados a los propietarios de cosas muebles específicas que deben acudir a una vía civil o penal (que es por demás lenta) para defender la cosa que les interesa.

³¹⁶ Ovalle Favela, citando a Piero Calamandrei, sostiene: “la función de las providencias cautelares nace de la relación que se establece entre estos dos términos: la necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva”, luego agrega el autor mexicano; “entre las características más destacadas de las medidas cautelares se señala que estas son provisionales, en virtud de que tienen duración limitada precisamente a aquel periodo que deberá transcurrir entre la expedición de la providencia cautelar y el pronunciamiento de la sentencia definitiva; y que tienen el carácter de instrumentales, porque no son un fin en sí mismas, sino que nacen al servicio de una sentencia definitiva, cuyo resultado aseguran preventivamente...los dos requisitos esenciales en los que se debe sustentar la medida cautelar consisten, por un lado, en el peligro que podría derivar del retardo de la sentencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario; y por el otro, en la verosimilitud del derecho invocado por quien pide la medida”. Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 31.

³¹⁷ Nosotros consideramos que el problema del trámite interdictal no se resuelve centrando el estudio en el carácter sumario del procedimiento, sino que es pertinente también, tener en cuenta la naturaleza provisional de la orden interdictal y la función preparatoria del juicio definitivo que cumple el interdicto, estos tres elementos en conjunto nos permiten proponer un procedimiento correcto para su tramitación, el cual no debe ser un “juicio sumario”, sino una medida o providencia precautoria que se desarrolla en la fase preliminar del juicio.

Por cuanto hace al objetivo de los interdictos, encontramos similitud de ambos ordenamientos, pues tutelan de forma provisional el hecho posesorio sin resolver cuestiones sobre propiedad con el propósito de mantener la situación en el estado que guarda, hasta en tanto se resuelva la reclamación de propiedad o posesión definitiva, conservando la paz social y el orden público.

Por último, debemos señalar una diferencia importante que guardan estos dos ordenamientos respecto al cumplimiento de la orden que se contiene en el interdicto. En primer orden, observamos que en el Derecho romano una vez que el pretor hacía un breve estudio de la cuestión, al otorgar el interdicto, este constituía una orden condicionada que valía y obligaba a su destinatario si él consideraba que se encontraba comprendido en la hipótesis del interdicto, siendo así, si no se cumplía la orden, fuera por resistencia o por creer que la hipótesis no lo alcanzaba, se hacía necesario acudir ante un *iudex* en un procedimiento *ex interdicto* para verificar si la hipótesis del interdicto en realidad lo alcanzaba y en su caso, proceder a la condena, por el contrario, en el Derecho mexicano, primero se analiza durante el largo proceso interdictal si el sujeto está comprendido en la hipótesis del interdicto y de ser así, en la sentencia definitiva se concede el interdicto, pero si este no es acatado voluntariamente por el demandado al quedar firme la sentencia, es necesario realizar un incidente de ejecución para conseguir el cumplimiento forzoso del interdicto.

Esto evidencia aún más la necesidad de contar con un mecanismo interdictal sumario y urgente, ya que la concesión del interdicto en nuestro derecho, no siempre supone el cumplimiento voluntario, sino que en la mayoría de supuestos es inevitable agotar un segundo procedimiento para conseguir el cumplimiento forzoso, cuya demora pone en riesgo el hecho que se trata de preservar.

2.3.2.2 Legitimación en los interdictos

En relación con el estudio de la legitimación en los interdictos, debemos referirnos en primer lugar a la legitimación activa. Así, notamos que en el Derecho romano, las primeras personas protegidas por los interdictos pretorios fueron los vectigalistas,

cuya defensa se extendió luego a los detentadores privilegiados (precarista, acreedor pignoraticio y secuestrario), y también, al propietario quiritalio y bonitalio, lo que les permitía recuperar la cosa sin necesidad de entablar el juicio definitivo; por exclusión, las personas que carecían de legitimación activa eran los detentadores o poseedores naturales. En contraste, en el Derecho mexicano se extendió la protección interdictal a todos los poseedores derivados, así como a los poseedores originarios y a los propietarios, con la única limitante de los detentadores a que hace referencia el artículo 793 del código civil, extensión que hemos calificado como un progreso.

En segundo lugar, encontramos una diferencia en la legitimación pasiva, ya que en el Derecho romano, por regla general los interdictos solo se podían dirigir directamente contra el perturbador o despojante y solo en algunos casos (*unde vi o unde vi armata*) se podían dirigir de forma indirecta contra el propietario de los esclavos causantes del despojo e incluso, también contra el representado por el procurador que realizó el acto, en comparación, el Derecho mexicano amplía la protección interdictal permitiendo ejercer el interdicto contra la persona que realizó los actos de perturbación o despojo, y además, contra el que mandó a realizarlos, contra el que se aprovechó de ellos y contra el sucesor del perturbador o despojante. Esta diferencia constituye un progreso para la ciencia del Derecho, ya que contempla todas las hipótesis que podrían desvirtuar el ejercicio interdictal cuando una persona, sin cometer directamente el despojo o la perturbación, obtiene la posesión material como consecuencia de ellos.

2.3.2.3 Tipos de interdictos

En este tópico, deducimos que tanto el Derecho romano como nuestro sistema jurídico, cuentan con una clasificación distinta para agrupar a los interdictos. Por lo que hace al Derecho romano, observamos que este partía de una suprema clasificación en atención a la orden que contenía el interdicto, así se hablaba de: interdictos prohibitorios, exhibitorios y restitutorios. Empero, el Derecho mexicano no tiene criterios claros para clasificar a los interdictos, ya que parte de una clasificación

suprema de: interdictos posesorios y prohibitorios, lo que constituye un error, ya que a primera vista, parecería que no existen interdictos restitutorios en el Derecho mexicano, siendo el ejemplo más característico el interdicto de recuperar la posesión, cuya orden es que el demandado restituya la posesión que se reclama, además, la clasificación citada parece indicar que los interdictos posesorios que regula el Derecho mexicano no pueden ser prohibitorios, pues cuando hace referencia a estos últimos, solo menciona al interdicto de obra nueva y al de obra peligrosa, siendo que el interdicto de retener la posesión, contiene una orden de naturaleza prohibitoria, puesto que “el objeto de esta acción es poner término a la perturbación”, es decir, prohíbe que se haga violencia para obtener la cosa.

La segunda clasificación que observaba el Derecho romano, obedecía a la finalidad de los interdictos, de lo cual se tenía interdictos para retener, recuperar o adquirir la posesión, siendo estos los que el Derecho mexicano clasificó como interdictos posesorios, siendo así, consideramos como un retroceso para nuestro Derecho la clasificación que ha sido establecida por los criterios jurisprudenciales, ya que no utiliza el mismo criterio para clasificar a los interdictos y esta no es exhaustiva, en tanto que deja fuera a otros interdictos que sí tienen regulación en el Derecho mexicano. De esta manera, consideramos pertinente que la jurisprudencia y sobre todo, la doctrina, deban adoptar la clasificación romana de los interdictos, la cual permite estudiar y distinguir al interdicto desde la naturaleza de la orden que contienen, la cual persigue una finalidad distinta, siendo esta el segundo elemento de diferenciación.

2.3.3 Los *interdicta retinendae possessionis* (interdictos para retener la posesión)

2.3.3.1 Concepto

Con anterioridad afirmamos que los interdictos posesorios tienen la finalidad de proteger de forma provisional y urgente el hecho posesorio. Ahora, por lo que hace al

presente interdicto de retener la posesión, se desprende que, tanto en el Derecho romano clásico como en el derecho actual, se caracterizan por permitir al interesado retener la posesión ante perturbaciones que afectan el libre ejercicio de su posesión.

De manera particular, notamos que este interdicto servía en Roma como un presupuesto necesario al juicio definitivo, asignando los papeles con los que fungiría cada una de las partes en él; así, la persona vencida en el ejercicio del interdicto debía acudir como actor en el juicio petitorio a demostrar el dominio sobre la cosa, demandando al actual poseedor que había resultado protegido por el interdicto, lo cual permitía a este último disfrutar de la posesión mientras enfrentaba el juicio definitivo, sin tener la difícil carga probatoria de la propiedad. Por su parte, el Derecho Civil de la Ciudad de México carece de estas características, puesto que el procedimiento interdictal aparece como autónomo e independiente del juicio definitivo, de hecho, ambos juicios se tramitan por la misma vía ordinaria civil, en consecuencia, el interesado únicamente puede ejercer este interdicto esperando obtener la protección (retención) posesoria hasta el dictado de la sentencia definitiva, con el riesgo de la tardanza en el dictado de la misma que ello supone.

Otro rasgo diferencial en el concepto del interdicto de retener la posesión, radica en que en el Derecho romano, este era concebido como un interdicto prohibitorio, ya que la orden que se contenía en la hipótesis interdictal consistía en vetar a ambas partes el uso de la violencia para obtener la posesión, dada la reclamación mutua que se hacían sobre ella, en consecuencia, estos interdictos eran también dobles, porque ambas partes figuraban como actores y demandados simultáneamente, en cambio, en nuestro Derecho este interdicto se clasifica erróneamente como un interdicto posesorio no prohibitorio, cuyo ejercicio sitúa necesariamente a una de las partes como actor (solicitante) y a la otra como demandado (contra quien se dirige), o sea, se trata de un interdicto simple, porque la orden se encamina solo a una de las partes en el conflicto.

Por último, ambos ordenamientos son concordantes en incluir en el concepto del interdicto de retener la posesión la cláusula de posesión viciosa, esto es, aquella que hace referencia a la protección de la posesión justa del solicitante, quien posee sin vicios (violencia, clandestinidad o a título de precario) respecto de su adversario,

y no de terceros, es decir, el estudio de la posesión justa siempre es relativo, del solicitante respecto a su contrario, sin tomar en cuenta si el solicitante también es justo poseedor respecto de otras personas; asimismo, ambos ordenamientos fijan el plazo de un año para el ejercicio del interdicto, contado a partir de que tienen lugar los actos de perturbación.

2.3.3.2 La fórmula de los *interdicta retinendae possessionis* y el enunciado del artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México

Al tratar los tipos de interdictos para retener la posesión en el Derecho romano clásico, observamos que existían dos tipos de interdictos: el *uti possidentis*, para la protección de inmuebles y el *utrubi possidentis*, para la protección de muebles, en cambio, el Derecho Civil de la Ciudad de México adoptó en la redacción del artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles solo la protección interdictal de inmuebles y derechos reales constituidos sobre ellos, dejando a los muebles sin un medio actual de protección preparatorio y urgente.

Ahora, al centrar nuestro estudio comparativo en los interdictos *uti possidentis* del Derecho romano y en el interdicto para retener la posesión del Derecho mexicano, deducimos que ambos protegen en general toda posesión sobre bienes raíces, contra cualquier acto que impida el libre ejercicio de la posesión o amenace con el despojo, por ende, no procede su ejercicio contra simples amenazas o suposiciones de hecho, sino que requiere la presencia de actos reales. En este punto debemos precisar que en el Derecho mexicano, este interdicto es procedente aun en los casos en los que se ha configurado un despojo parcial, pues ello supone un impedimento en la posesión, por su parte, no existe información directa en las fuentes del Derecho romano donde se precise la procedencia del interdicto *uti possidentis* en el caso de despojo parcial, aunque ello es lo más probable, en virtud de que la fórmula del interdicto *unde vi*, para el caso de despojo, supone una expulsión o despojo total.

La primera diferencia que presenta el enunciado de ambos interdictos es que en el interdicto *uti possidentis*, la reclamación sobre la retención de la posesión debía hacerse solo a la persona que realizaba los actos de perturbación, mientras que en el Derecho de la Ciudad de México, esta puede hacerse también al que ordenó los actos de perturbación, al que los cometió y a quien directamente y a sabiendas se aprovecha de ellos³¹⁸.

Por otra parte, en ambos ordenamientos se contiene la cláusula de posesión viciosa, con la nota distintiva que en el Derecho romano clásico, esta cláusula permitía al interdicto de retener la posesión cumplir un carácter eventualmente recuperatorio; así, cuando una persona había adquirido la posesión por violencia respecto de su adversario y esta ejercitaba el interdicto de retener la posesión ante la reclamación que hacia el despojado, sucedía que perdía la posesión en favor de este último, dado que poseía con vicios respecto de su adversario, por eso su posesión no podía ser protegida y entonces, la posesión provisional le era concedida al despojado. Esto no sucede en el Derecho mexicano, pues el interdicto de retener la posesión, al ser una acción ejercitable en juicio, el juez civil de conformidad con el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles solo está facultado para condenar o absolver en términos de la acción planteada, en consecuencia, si la acción no prospera por actualizarse una hipótesis de violencia, clandestinidad o precario, el juez debe absolver al demandado, pero no está en facultades de condenar al actor a la eventual restitución de la posesión, a menos que este haya reconvenido en el mismo juicio interdictal con el interdicto de recuperar la posesión. En suma, en el derecho de nuestra ciudad, la cláusula de posesión viciosa no cumple el eventual carácter recuperatorio, sino que es solo un elemento de la acción.

Lo anterior supone un retroceso para nuestro Derecho, pues permite que, aun al actualizarse una hipótesis de posesión viciosa en el poseedor injusto, siga detentando la posesión de la cosa, por ello, el interdicto de retener la posesión debe ser una providencia precautoria, donde la orden de posesión sin vicios se pueda

³¹⁸ A pesar del error que se menciona en el primer párrafo del artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México, este interdicto no puede dirigirse contra el sucesor del "despojante" porque a través de este interdicto, se busca retener, no recuperar la posesión, asimismo, tampoco puede dirigirse contra el sucesor del perturbador, pues es lógico que con su muerte, termina la perturbación, a menos que el sucesor realice actos de la misma naturaleza.

dirigir a ambas partes y en caso de presentarse algún vicio por parte del actor, permita al demandado recuperar la posesión, con lo cual, este interdicto adquiriría el carácter de presupuesto necesario del juicio definitivo.

En este contexto, debe calificarse también como un retroceso el trámite actual del interdicto de retener la posesión que permite al interesado plantear en una misma demanda el interdicto de retener y el interdicto de recuperar la posesión, con el fin de que si en algún momento del procedimiento interdictal se configura el despojo, el solicitante no quede indefenso. Dicha medida solo evidencia las deficiencias del procedimiento lento e ineficaz del Derecho de nuestra ciudad, ya que un procedimiento eficaz permitiría retener la posesión al interesado evitando la consumación del despojo.

Por último, debemos comparar los fines que persigue el interdicto de retener la posesión en ambos sistemas jurídicos. De esta manera, tenemos que en el Derecho romano el interdicto busca vedar el ejercicio de la violencia como medio para obtener la posesión, haciendo justicia por propia mano, permitiendo retener la posesión provisional al poseedor justo. Mientras que en el Derecho mexicano, el ejercicio de la acción interdictal persigue las siguientes prestaciones:

- a) Poner término a la perturbación y conceder la posesión provisional al interesado a fin de materializar la retención de la posesión. Aquí encontramos una similitud con el Derecho romano, con la nota distintiva que en nuestro derecho, esta protección se materializa hasta la ejecución de la sentencia.
- b) Indemnizar al poseedor de cualquier daño o perjuicio ocasionado con los actos de perturbación. En nuestra propuesta, esta prestación podría reservarse al juicio definitivo para ser alegada en vía de reconvención por el poseedor protegido por el interdicto, o bien, puede ser reclamada como prestación principal en un juicio distinto.
- c) La conminación de multa o arresto para el caso de reincidencia y,
- d) Obligación del demandado de afianzar el no volver a perturbar la posesión. Ambas prestaciones son medidas de apremio que el juez puede otorgar dentro del mismo procedimiento de la providencia precautoria, con el fin de

hacer cumplir sus determinaciones, según lo dispone así el artículo 73 del código adjetivo civil. Asimismo, resulta criticable la conminación de una multa para el demandado en caso de reincidencia en el cometido de actos de perturbación, pues al ser una prestación que nace de una acción particular ejercitada por el interesado, el beneficio de ella es para el Estado, que en muy pocas veces se hace efectivo. En este punto consideramos que una medida que en realidad podría conminar al demandado a cumplir la providencia precautoria concedida por el juez, sería fijar una cantidad pecuniaria considerable en favor del actor en caso de incumplimiento o reincidencia.

- e) Gastos y costas que el juicio interdicial origine. Esta prestación podría reservarse a aquellos gastos y costas que origine el juicio definitivo sobre propiedad y no al trámite previo para la concesión de la medida precautoria.

2.3.3.3 El Procedimiento interdicial

Con anterioridad, sostuvimos que en el Derecho romano clásico, el procedimiento interdicial se distinguía por ser un procedimiento administrativo, sumario, emitido fuera de procedimiento judicial, en contraposición, el procedimiento del Derecho civil de la Ciudad de México es judicial, ordinario y cuya protección posesoria se concede al finalizar dicho procedimiento. Partiendo de lo anterior, podemos adentrarnos ahora a las fases y características de ambos procedimientos, con el propósito de determinar semejanzas y diferencias que nos auxilien a proponer una defensa efectiva de la posesión.

Como primer punto, distinguimos que el procedimiento interdicial del Derecho romano se desarrollaba en dos fases procesales, a saber:

- 1) Procedimiento interdicial: etapa en la cual se planteaba la controversia ante el pretor y este concedía o negaba el interdicto respectivo. Dicha etapa era sumaria y se agotaba con la emisión de la orden condicionada del interdicto.

- 2) Procedimiento *ex interdicto*: en caso de desobediencia de alguna de las partes en acatar el interdicto, se hacía necesaria esta segunda etapa en la que:
- a) Se atribuía la posesión provisional a quien ofreciera mejores garantías de devolver la cosa en caso de perder el juicio (*fructus licitatio*).
 - b) Las partes se hacían mutuas promesas de pago por concepto de pena a aquella que perdiera el juicio.
 - c) Se conseguía la posesión provisional aquella parte que habiendo ganado el juicio interdictal no había resultado victoriosa en la *fructus licitatio*.

Cabe decir que esta segunda etapa, se caracterizaba por reprimir las conductas de las partes que podían provocar una dilación procesal y, además, contenía medidas para asegurar el incumplimiento de alguna de las partes, a saber:

- a) Si la persona contra la que se deseaba dirigir el interdicto no acudía en la primera etapa a escuchar la emisión del interdicto, se seguía un procedimiento especial por su indefensión a través de la *missio in rei*.
- b) En la segunda etapa se establecían garantías que permitían asegurar la devolución de la cosa por alguna de las partes.
- c) Las promesas realizadas por las partes por concepto de pena pecuniaria perjudicaban a la parte que las realizaba siendo concedora de su incumplimiento.
- d) El pretor podía conceder interdictos secundarios que obligaban a la parte que se constituía en rebeldía, a restituir la cosa si la tenía en su poder, de lo contrario, se le prohibía interferir en la posesión del otro.

Lo anterior evidencia, que estos procedimientos, llamados por los juristas romanos "*cum periculo*" (con riesgo), poseían gran eficacia atemorizante y restituyente, pues traía graves consecuencias pecuniarias a quien se atrevía a desobedecerlo, por eso, la orden condicionada emitida en la primera fase procesal era por lo general respetada y el procedimiento *ex interdicto* de la segunda fase aparecía como extraordinario.

Por el contrario, observamos que el trámite interdictal en la Ciudad de México requiere el desarrollo de las siguientes fases procesales:

- 1) Fase preliminar: donde puede desahogarse algún requisito que sirva para preparar el juicio interdictal.
- 2) Fase expositiva: donde se entabla la demanda y el demandado produce la contestación a la misma.
- 3) Fase de depuración, conciliación y excepciones procesales: donde se analiza la legitimación de las partes, se proponen alternativas de solución y se analizan las demás excepciones procesales.
- 4) Fase probatoria: tiene lugar el ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de pruebas.
- 5) Fase conclusiva: donde las partes exponen sus alegatos finales.
- 6) Etapa resolutoria: radica en la emisión de la sentencia definitiva.
- 7) Etapa impugnativa: donde las partes pueden hacer valer el recurso de apelación con la finalidad de impugnar el fallo que les perjudica.

Una vez agotadas todas las etapas, si se concede la protección interdictal esta queda firme y de no ser acatada por el demandado, se hace necesario desarrollar una octava fase para la ejecución de la sentencia definitiva. Ahora, del análisis del procedimiento ordinario que realizamos en el capítulo respectivo, se observa que el mismo carece de mecanismos que auxilién a conminar al demandado a realizar el cumplimiento del interdicto, o bien, a evitar dilaciones procesales.

Es por ello que nuestra propuesta, en torno al procedimiento interdictal, sugiere los siguientes puntos:

- 1) El procedimiento interdictal debe realizarse en la fase preliminar o de medios preparatorios a juicio, en las llamadas “providencias precautorias”.
- 2) Estas medidas pueden ser ventiladas aún ante el juez oral civil, ya que los artículos 105 fracción IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de México y el artículo 969 del Código de Procedimientos Civiles de la misma

entidad, establecen la competencia de dicho juez para substanciar estos trámites. Sin embargo, consideramos que este procedimiento debe apartarse de la forma de tramitación escrita que plantea la legislación procesal civil actual, pues resulta contradictorio que se puedan ventilar providencias precautorias ante un juez oral civil cuyo procedimiento es escrito por completo. Siendo así, se propone que dicha medida pueda desarrollarse en una sola audiencia, donde el juez, habiendo escuchado a ambas partes³¹⁹, proceda al desahogo de las pruebas pertinentes y emita la sentencia en ese mismo día. Esta medida podría ser apelable pero en efecto devolutivo, de tal manera que no suspenda el procedimiento y con ello, sea factible su ejecución.

- 3) Las medidas de apremio que actualmente se conceden hasta la sentencia definitiva, pueden otorgarse de forma conjunta al emitirse la providencia precautoria, para el caso de incumplimiento, por ejemplo: el auxilio de fuerza pública, arresto y la medida que hemos propuesto, la sustitución de la multa por una cantidad económica en favor del interesado.
- 4) Evitar las dilaciones procesales como la rebeldía o inasistencia a la audiencia por la contraparte, las cuales podrían sancionarse con el otorgamiento del interdicto al interesado y con una suma económica a su favor.

2.3.4 Los *interdicta recuperandae possessionis* (interdictos para recuperar la posesión)

³¹⁹ El trámite de la providencia precautoria debe respetar la garantía de audiencia de ambas partes, ya que existen criterios jurisprudenciales que han declarado inconstitucionales varios artículos de diversas legislaciones que conceden la protección interdictal al solicitante, sin escuchar a la contraparte. Cfr. Tesis VI.2o.C J/251, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, abril de 2005, p. 1215, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO PARA RETENER LA POSESIÓN. LOS ARTÍCULOS 813 Y 814 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE PUEBLA ABROGADO, QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO RESPECTIVO VIOLAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL" y Tesis 1a. XIV/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, abril de 2002, p. 464, el rubro de la jurisprudencia es: "INTERDICTO PARA RETENER LA POSESIÓN. LOS ARTÍCULOS 601 Y 603 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE TAMAULIPAS, QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO RESPECTIVO, VIOLAN LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL".

2.3.4.1 Concepto

Los interdictos de recuperar la posesión, poseen la misma diferencia que comentamos al hablar sobre los interdictos de retener la posesión, ya que en el Derecho romano, constituían ordenes administrativas y sumarias que resolvían provisionalmente una situación de hecho, con el objeto de reponer una situación fáctica anterior, esto es, sancionaban el despojo que se cometiera con o sin violencia, exclusivamente sobre bienes inmuebles. En contrario, en el Derecho mexicano, el interdicto de recuperar la posesión es una acción real que se ventila en el procedimiento ordinario civil con el objeto de reponer al despojado en la posesión, y de igual forma, en nuestro derecho no es requisito que se cometan actos de violencia en el despojo, sino que basta demostrar las vías de hecho causantes del mismo.

Estos mecanismos de defensa, eran considerados en Roma como interdictos restitutorios y simples, puesto que la orden de reponer la posesión iba dirigida contra el demandado, de tal forma que si el actor resultaba protegido, al otro no le quedaba otro camino más que utilizar la acción reivindicatoria o publiciana para conseguir la cosa, dicho de otra forma, este procedimiento también servía para preparar el juicio definitivo, asignando los papeles de actor y demandado con el que acudirían ambas partes. Una situación distinta sucede en el Derecho mexicano, pues por una parte, la clasificación sobre los interdictos que adopta la jurisprudencia, deja a fuera a los interdictos restitutorios, solo los concibe como interdictos posesorios, cuyo trámite también es simple, es decir, la orden de restituir se dirige solo al demandado. Por otra parte, en la práctica difícilmente los interesados ejercitan la vía interdictal para conseguir una posesión provisional, siendo que el juicio reivindicatorio y plenario de posesión les aseguran, en el mismo tiempo, la resolución definitiva del caso, consiguiendo propiedad o posesión definitiva, por ello, no funcionan para preparar el juicio definitivo.

Finalmente, ambos ordenamientos incluyen en el concepto, la cláusula de posesión viciosa y el término de un año para ejercer el interdicto, a partir de la fecha en que se cometió o se tuvo conocimiento del despojo, con excepción del interdicto

unde vi armata que no tiene plazo para su ejercicio ni establece la cláusula de posesión viciosa.

2.3.4.2 La fórmula de los *interdicta recuperandae possessionis* y el enunciado de los artículos 17 y 18 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México

En el Derecho romano clásico, con certeza puede mencionarse la existencia de dos interdictos para recuperar la posesión, estos eran: el interdicto *unde vi*, para el caso de despojo sobre inmuebles y el interdicto *unde vi armata*, que reprimía dicho despojo sobre inmuebles realizado con banda de hombres armados; ambos podían dirigirse contra el que directa o indirectamente causaba el despojo, por su parte, el Derecho mexicano asimiló en el artículo 17 del Código de Procedimientos Civiles, cualquier hipótesis de despojo, sea que este se cometa con o sin violencia y en compañía o en representación de alguien, situación que constituye un progreso para nuestro derecho, dadas las hipótesis de legitimación pasiva que puede alcanzar la protección interdictal.

Ambos ordenamientos jurídicos, incluyen en el interdicto *unde vi* y en el interdicto de recuperar la posesión, la cláusula de posesión viciosa, lo que significa que protegen únicamente al poseedor sin vicios respecto de su adversario, hecho que por desgracia, permite que el despojado pueda recuperar la posesión despojando a su vez, a la persona que lo privó de la posesión, de tal manera que este último no puede solicitar la protección interdictal, dado que es poseedor vicioso. Debe precisarse, que el Derecho romano no contemplaba la cláusula de posesión viciosa en el interdicto *unde vi armata*, ya que lo consideraba como un caso de suma gravedad, por eso, si un persona despojaba a alguien y este a su vez, con banda de hombres armados expulsaba al despojante, este sí podía solicitar la protección posesoria. Esto nos permite afirmar que la regulación actual del artículo 17 de la legislación procesal civil constituye un progreso para nuestro Derecho ya que

generaliza a cualquier hipótesis de hecho, la protección de la posesión justa, dejando sin recurso a quien por propia mano busca la solución del conflicto, con o sin armas.

Por último, observamos que en el Derecho romano este interdicto tenía como principal finalidad conseguir la posesión perdida a causa del despojo, mientras que en el derecho actual, aparte de conseguir la restitución de la posesión, el interesado puede conseguir las mismas prestaciones que en la acción de retener la posesión: una indemnización por los daños cometidos con el despojo, una fianza para garantizar no volver a cometer actos de despojo, conminación de multa y arresto para el caso de reincidencia, así como los gastos y costas que origine el juicio, de esta forma, resulta aplicable el estudio crítico que realizamos en el apartado respectivo.

2.3.4.3 El procedimiento interdictal

El procedimiento en el que se desenvuelve el trámite del interdicto de recuperar la posesión en ambos ordenamientos jurídicos, representa las mismas notas diferenciales que hemos formulado con anterioridad, ya que por una parte, en el Derecho romano, el procedimiento del interdicto de recuperar la posesión podía tramitarse también a través del procedimiento *per sponsionem* y, de igual manera, en la actualidad el trámite de este interdicto es a través de la vía ordinaria civil, como en el interdicto de retener la posesión.

Ahora bien, resulta importante resaltar que el Derecho romano, tomando en cuenta la violencia con la que se había podido cometer el despojo, tenía reservada una tramitación especial sumarísima para estos interdictos, mediante el procedimiento *per formulam arbitriam*, en el que el *arbiter*, debía investigar tan solo si los hechos del caso se ajustaban a la hipótesis del interdicto y si esta se había desatendido por el demandado, caso en el cual, podía condenarle a la suma de cuanto le había importado al actor poseer el inmueble, cantidad que por lo general era muy elevada, sin embargo, si el demandado restituía la posesión del inmueble antes de recibir la sentencia, salía absuelto, dada la posibilidad que fijaba la cláusula

arbitraria. Siendo así, el carácter sumarísimo de este procedimiento aunado al carácter amenazante de la condena económica, lograba que de forma inmediata se cumpliera la finalidad del interdicto, la restitución de la posesión. Lo anterior reafirma la necesidad que tiene el Derecho Civil de la ciudad de México de contar con un procedimiento que resuelva de forma inmediata y eficaz los conflictos posesorios, por lo tanto, nosotros consideramos que ambos interdictos posesorios, pueden tramitarse de la misma forma que hemos detallado, es decir, como una medida precautoria.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El Derecho romano clásico es la expresión de una ciencia jurisprudencial y no de un ordenamiento impuesto por el legislador, que contiene el núcleo esencial y por eso inmutable de la tradición jurídica universal; por su parte, el Derecho civil de la Ciudad de México, no es más que la expresión de esa tradición jurídica multiseccular, por tanto, ambos ordenamientos jurídicos se encuentran situados en dos momentos diferentes de una misma tradición y por eso son comparables. Siendo así, el ser el Derecho romano el centro de esa misma tradición, sirve como paradigma o medida de la evolución o regresión del Derecho actual.

SEGUNDA: El método comparado, nos permite deducir semejanzas y diferencias entre ambos sistemas jurídicos, de tal forma que aquellas semejanzas que guarda el Derecho actual con el Derecho romano clásico constituyen un progreso, mientras que las diferencias que presentan, resultan ser un retroceso de acuerdo a la tradición jurídica clásica, de lo que se infiere que al existir diferencias, puede tomarse el valor ejemplar del Derecho romano y asimilarse en nuestro Derecho en una propuesta de armonización que signifique una mejora normativa.

TERCERA: El Derecho romano clásico nos ofrece el conocimiento de los procesos históricos de formación de los conceptos jurídicos fundamentales, tales como el de propiedad y posesión, lo que nos permite comprender el origen de nuestros conceptos actuales, creando una actitud crítica respecto a su correcta o incorrecta evolución, tal cual se definió en el presente trabajo.

CUARTA: El Derecho romano clásico nos brinda el conocimiento y experiencia sobre la génesis, evolución y teleología de las instituciones jurídicas romanas, como las de propiedad, acción reivindicatoria, posesión, acción publiciana e interdictos posesorios, sirviendo así, como una herramienta de interpretación de las instituciones actuales, que nos auxilia a resolver las crisis que padecemos.

QUINTA: Existe una relación intrínseca e inseparable entre los conceptos de propiedad y posesión por una parte, y sus respectivos medios de defensa ordinarios por la otra; por ello, el estudio teórico de dichas instituciones, debe complementarse con el estudio práctico a fin de concebir y distinguir de forma correcta los grados de tenencia y protección que puede tener una persona sobre una cosa. Así, en un grado máximo, puede concebirse a la propiedad como la expresión de dominio más amplia que tiene una persona sobre una cosa corporal identificable, cuyo dominio le permite identificar la cosa y reivindicarla de quien la ostente; en segundo plano, podemos ubicar a la acción publiciana, como el medio de defensa que protege la posesión jurídica de quien con justa causa adquirió una cosa, y cuya posesión le ayudará a convertirse en propietario; finalmente, se ubica la posesión material o el simple poder físico que una persona tiene sobre una cosa, el cual encuentra el amparo de los interdictos posesorios.

SEXTA: La acción reivindicatoria y la acción publiciana se definen como juicios ordinarios que resuelven en definitiva las cuestiones de propiedad y posesión civil o posesión jurídica, por su parte, los interdictos posesorios resuelven problemas sobre posesión material o posesión de hecho, por lo cual, deben resolverse de forma sumaria, con anterioridad al juicio definitivo y en una vía preparatoria, es decir, como medidas precautorias, de tal forma que permitan al interesado enfrentar el juicio definitivo reteniendo o recuperando la posesión, revirtiendo la carga de la prueba sobre dominio o justo derecho a la parte contraria.

SEPTIMA: El procedimiento oral civil de la Ciudad de México debe erigirse como el procedimiento común donde se resuelvan la mayoría de conflictos sobre propiedad y posesión, ya que contiene principios procesales como el de oralidad y concentración, además de una estructura procedimental similar al procedimiento *per formulas* del Derecho romano, con lo cual, se garantiza la resolución pronta de las controversias, a la vez que representa una disminución de la carga de trabajo de los tribunales del orden civil.

OCTAVA: Un estudio completo sobre la defensa de la propiedad y la posesión supone replantear cada uno de los elementos que configuran el ejercicio de la acción o de la medida provisional, tales como el concepto de la acción, la legitimación activa y pasiva, los elementos a acreditar para la procedencia de la acción, la condena o fines de la acción y el procedimiento para su ejercicio. Solo así se está en posibilidad de ofrecer una propuesta de regulación efectiva y completa.

NOVENA: El Derecho civil de la Ciudad de México contiene, con algunas variaciones significativas, la misma regulación jurídica que el Derecho romano clásico sobre los temas de propiedad y posesión, por ello, la doctrina, la jurisprudencia y la docencia, deben encaminar sus esfuerzos a retomar y priorizar el estudio sobre dicha asignatura, ya que además de formar el criterio jurídico del jurista, le aporta el conocimiento sobre los principios, reglas, máximas, conceptos y clasificaciones vigentes y aplicables en todos los países de tradición romanista, lo cual puede contribuir en algún futuro, a realizar proyectos de unificación en materia privada tanto en el ámbito nacional como internacional.

FUENTES DE CONSULTA

1. Fuentes jurídicas antiguas

CORPUS IURIS CIVILIS. Vol. I: *Institutiones* (P. Krüger); *Digesta* (Th. Mommsen) 22^a ed., 1973; vol. II: *Codex* (P. Krüger) 15^a ed., 1970, Berlin, Weidmann.

CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO, ed. Bilingüe, trad. Idelfonso García del Corral, vol. 1, instituciones y Digesto hasta el libro 19, tit. 5, volumen II y III continuación del Digesto; vols. IV y V Código, Barcelona, Lex nova, 1889.

EL DIGESTO DE JUSTINIANO, 3 vols., I : libros 1-19 ; II : libros 20-36; III : libros 37-50. Álvaro D'Ors *et alt.*, Pamplona, Aranzadi, 1968-1975.

EL DIGESTO DEL EMPERADOR JUSTINIANO, 3 vols., I : libros 1-19 ; II : libros 20-36; III : libros 37-50. trad. Bartolomé Agustín Rodríguez Fonseca, México, TSJDF, 2007.

FRAGMENTA VATICANA, en *collectio librorum iuris anteiustiniani*, t, III, P. Kruger, Berlin, Weidmann, 1890.

FRAGMENTOS VATICANOS, ed. Bilingüe, trad. Martha Elena Montemayor Aceves, *Bibliotheca Iuridica Latina Mexicana*, México, UNAM, 2003.

GAI INSTITUTIONES, E. Seckel et B. Kuebler. B. G. 7^a., Stuttgart, Teubner, 1969.

GAYO, *Institutiones*, ed. Bilingüe, trad. Manuel Abellán Velasco *et alt.*, Madrid, Civitas, 1985.

GAYO, *Institutiones*, ed. Bilingüe, trad. Francisco Samper, Santiago de Chile, Ediciones UC, 2017.

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO, ed. bilingüe. trad. Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Buenos Aires, Heliasta, 1976.

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO, Trad. Francisco Hernandez-Tejero Jorge, Granada, Comares, 1998.

2. Manuales

ADAME Goddard, Jorge, *Curso de derecho romano clásico*, México, Porrúa-UNAM, 2014.

_____, *Cuatrocientos casos y respuestas de los juristas romanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

_____, (Coord.), *Código Civil Federal comentado, libro segundo, de los bienes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

_____, *La propiedad de la nación mexicana interpretación romanista del artículo 27 constitucional*, México, Porrúa, 2018.

ARANGIO-Ruíz, Vicente, *Historia del Derecho romano*, 5a. ed., trad. Francisco de Pelsmaeker e Ivañez, Madrid, REUS S.A., 2006.

ARCE y Cervantes, José, *De los bienes*, 7a. ed., México, Porrúa, 2008.

AZUA Reyes, Sergio T. *Los derechos reales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2014.

BERNAL, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas*, 4ª ed., México, Porrúa, 1989.

BETANCOURT, Fernando, *Derecho romano clásico*, 4ª ed., Sevilla, Universidad de Sevilla, 2012.

CARBONELL, Miguel y Caballero González, Edgar S., *Convención Americana de los Derechos Humanos con jurisprudencia*, México, Centro de Estudios Carbonell A.C., 2015.

CASTRESANA, Amelia, *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo*, Madrid, Tecnos, 2014.

CIPRIANO Gómez, Lara, *Teoría general del proceso*, 9a. ed., México, Oxford, 2002.

CONTRERAS Vaca, Francisco José, *Derecho procesal civil, teoría y clínica*, 2a. ed., México, Oxford, 2012.

D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 10ª ed., Pamplona, EUNSA, 2004.

DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y sucesiones*, 18a. ed., México, Porrúa, 2011.

DE LA MATA Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Bienes y derechos reales*, 9a. ed., México, Porrúa, 2005.

DE PINA, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 1966.

DOS Reis, José Alberto, *Teoría de la acción*, trad. Guillermo García Máynez, México, Colofón S.A., 1995.

GALINDO Garfias, Ignacio, *Derechos reales y sucesiones*, 2a. ed., México, Porrúa, 2017.

GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, *Derecho privado romano*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

GORDILLO Montesinos, Roberto Héctor, *Derecho privado romano*, 3a. ed., México, Porrúa, 2017.

GÜITRÓN Fuentesvilla, Julián, *Tratado de derecho civil, de la posesión, prescripción, usucapión y caducidad*, México, Porrúa, 2015, t. XII.

GUTIÉRREZ y González, Ernesto, *El patrimonio*, 10a. ed., México, Porrúa, 2016.

GUZMÁN Brito Alejandro, *Derecho privado romano*, 2ª ed., Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2013, t. I.

IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, 15ª ed., Barcelona, Ariel, 2004.

IHERING, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, México, Oxford University Press, 2001, t. II.

JÖRS, Paul y Kunkel, Wolfgang, *Derecho privado romano*, trad. Prieto Castro L., Barcelona, Labor S.A., 1965.

KASER, Max, *Derecho romano privado*, trad. de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, REUS, 1968.

KUNKEL, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, 2012.

MAGALLÓN Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009, t. IV.

OVALLE Favela, José, *Derecho procesal civil*, 10a. ed., México, Oxford, 2016.

PADILLA Sahagún, Gumesindo, *Derecho romano*, 4ª ed., México, Mc Graw Hill, 2008.

PALLARES, Eduardo, *Tratado de las acciones civiles*, 12a. ed., México, Porrúa, 2008.

PEÑA Oviedo, Víctor, *Juicio oral civil y mercantil*, México, Editorial Flores, 2013.

PETIT, Eugene, *Derecho romano*, 22ª ed., México, Porrúa, 2006.

RASCÓN García, César, *Manual de derecho romano*, 3ª ed., Madrid, 2000.

RICO Álvarez, Fausto, *Derechos reales y posesión*, México, Porrúa, 2017.

ROJINA Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, 16a. ed., México, Porrúa, 2015.

SAMPER Polo, Francisco, *Derecho romano*, 3ª ed., Santiago de Chile, Ediciones UC, 2012.

SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, trad. José Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, Boch, 1960.

SHOM, Rudolph, *Instituciones de derecho privado romano, historia y sistemas*, México, TSJDF e INCAM A.C., 2006.

TAPIA Ramírez, Javier, *Bienes, derechos reales, derechos de autor y registro público de la propiedad*, 3a. ed., México, Porrúa, 2016.

ZWEIGERT, Konrad y Kötz, Hein, *Introducción al derecho comparado*, 3a. ed., México, Oxford, 2012.

3. Artículos en revistas

ADAME Goddard, Jorge, “El procedimiento ex interdicto en el derecho romano clásico”, *Revista de investigaciones jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm.2, año 1978.

_____, “Propuesta metodológica para el estudio y crítica romanística del libro de bienes del Código Civil. Aplicación del método al concepto de propiedad”, *Revista de Derecho Privado*, México, cuarta época, año I, núm. 2, julio-diciembre de 2012.

HALGAN, Cyprien, “La administración de las provincias senatoriales romanas”, *Revista de administración pública*, México, número 47-48, julio-diciembre 1981.

4. Artículos en obras colectivas

AGUDÍN Colmenares, María de la Paz, “La protección de la posesión en el sistema jurídico mexicano”, en Adame Goddard, Jorge (Coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

GARCÍA Luque, José Antonio, “Protección interdictal de la posesión”, en Adame Goddard, Jorge (Coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

PADILLA Sahagún, Gumesindo, “La buena fe como elemento de integración jurídica en América Latina”, en Adame Goddard, Jorge (coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

5. Diccionarios

Diccionario Jurídico Mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, t. VII.

PALLARES Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 26a. ed., México, Porrúa, 2001.

6. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana de los Derechos Humanos

Ley de Amparo

Código Civil Federal

Ley Federal del Derecho de Autor

Ley de la Propiedad Industrial

Código Civil de la Ciudad de México

Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México

7. Fuentes electrónicas

García Tellez, Ignacio, *Motivos, colaboraciones y concordancias del nuevo Código Civil mexicano*: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3075-motivos-colaboracion-y-concordancias-del-nuevo-codigo-civil-mexicano>

Estadística del poder judicial de la Ciudad de México:

- 1.- <http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/estadistica/informesestadisticos/>
- 2.- <http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/estadistica/wp-content/uploads/CATALOGO-DE-JUICIOS-Y-PROCEDIMIENTOS-2017.pdf>

Jurisprudencia: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/Tesis.aspx>