PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE MALA FE

El caso del Código Civil de Guanajuato



Juan Manuel Arredondo Elías

Prescripción adquisitiva de mala fe
El caso del Código Civil de Guanajuato

Juan Manuel Arredondo Elías

Prescripción adquisitiva de mala fe

El caso del Código Civil de Guanajuato

Julio César Vázquez-Mellado García
Director

Comité Académico del Instituto de la Judicatura Federal

Miguel Ángel Aguilar López
Juan Manuel Alcántara Moreno
Guillermo Campos Osorio
Elvia Rosa Díaz de León D'Hers
Edwin Noé García Baeza
Salvador Mondragón Reyes
Jaime Murillo Morales
José Arturo Luis Pueblita Pelisio
Fernando Silva García

Editores responsables:
Magistrado Julio César Vázquez-Mellado García
Director del Instituto de la Judicatura Federal-Escuela Judicial

Doctor Salvador Cárdenas Gutiérrez
Secretario Técnico de Investigación y Publicaciones

En colaboración con la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera edición: 2015

© 2015 Instituto de la Judicatura Federal
Calle Sidar y Rovirosa #236 Col. Del Parque
Del. Venustiano Carranza C.P. 15960, México D.F.

ISBN: 978-607-9013-10-3

Impreso en México

Contenido

Prólogo 15

Capítulo I
Propiedad 19

1. Propiedad y posesión 19
2. Las posturas filosóficas en torno a la propiedad 21
   - 2.1 Transpersonalismo 22
   - 2.2 Anarquismo 24
   - 2.3 Posición de Federico Engels 25
   - 2.4 Personalismo 26
   - 2.5 ¿Justifica el iusnaturalismo la propiedad? 27
   - 2.6 Otras doctrinas en defensa de la propiedad 28
3. La propiedad como derecho fundamental posturas de Luigi Ferrajoli y Robert Alexi 30
4. La propiedad en declaraciones internacionales 31
5. La propiedad en la Constitución Mexicana 34
6. La propiedad en la historia del Derecho 36
7. La propiedad desde el punto de vista jurídico. Su evolución en el Derecho Romano 37
   - 7.1 Las cosas susceptibles de apropiación 38
   - 7.2 La propiedad quiritaria y la bonitaria 39
   - 7.3 Formas y solemnidades para adquirirla 40
8. Definiciones doctrinales 42
   - 8.1 Los autores romanistas 42
   - 8.2 Los autores clásicos y los contemporáneos 45

9. Definiciones legales 48
10. Pluralidad terminológica en el lenguaje común y en el jurídico 50
11. Nuestro punto de vista 51

Capítulo II
La posesión 55
1. Relación entre propiedad y posesión 55
2. Etimología de la palabra posesión y clases de poseedores 59
3. Clases de poseedores 60
3.1 Poseedor originario (o inmediato) 60
3.2 Poseedor precario, mediato, derivado o detentador 61
3.3 Simple poseedor 61
3.4 Posesión legítima o legitimada 62
4. Diversa clases de posesión en la doctrina jurídica 64
4.1 Posesión actual 65
4.2 Posesión clandestina 65
4.3 Posesión continua 65
4.4 Posesión inmemorial 65
4.5 Posesión equívoca 66
4.6 Posesión pacífica 67
4.7 Posesión viciosa 67
4.8 Posesión violenta 67
4.9 Posesión pretoria 67
4.10 Posesión pro indiviso 68
5. La posesión nace de la ocupación 68
6. Naturaleza jurídica de la posesión. ¿hecho o derecho? 69
7. Acciones interdictales y plenaria de posesión 71
8. La posesión de bienes y la posesión de derechos 75
9. Elementos de la posesión 76
9.1 El *corpus* 77
9.2 *Animus dominii* o *animus rem sibi habendi* 78

10. Corrientes doctrinarias destacadas 81
10.1 Teorías subjetivas 82
10.2 Teorías objetivas 84
10.3 Teoría ecléctica 86
11. Definiciones aportadas por la doctrina jurídica 87
12. Definición legal 90
13. Protección a la posesión a través del amparo y su evolución 90
14. La protección posesoria a la luz de las reformas constitucionales de 2011 97
14.1 Concepto de interés 100
14.2 Interés simple 101
14.3 Interés colectivo 102
14.4 Interés legítimo 103
14.5 Derecho subjetivo 110
14.6 Interés jurídico 114

Capítulo III
Prescripción adquisitiva 115

1. Usucapión y prescripción 115
1.1 Origen romano de la institución 116
1.2 Prescripción en las siete partidas 118
1.3 La prescripción en el derecho canónico 123
2. Las normas de Derecho Civil en México 125
3. La codificación civil en México 128
4. Prescripción adquisitiva en la doctrina jurídica 129
4.1 Posesión civil 132
4.2 La posesión apta para prescribir 133
4.3 Título y justo título 134
4.4 La legislación actual no exige forma determinada para purgar el vicio de la violencia 140
5. Los conceptos de continuidad y de interrupción 141
6. Interrupción natural e interrupción civil 142

7. Problemas relativos a la interrupción civil 144
7.1 Presentación de la demanda e interpelación judicial. Planteamiento del problema 145
7.2 El criterio jurisprudencial 145
8. El caso de la interpelación judicial 146
9. El caso del emplazamiento nulo por defecto en la forma 146
10. ¿La presentación de la demanda depende de la legislación particular? 147
11. Interrupción por interpelación judicial en procedimientos precautorios 150
11.1 Interrupción por procedimientos ante la justicia alternativa 151
11.2 El caso de interrupción por demanda presentada ante tribunal incompetente 158
11.3 La caducidad de instancia interrumpe el término prescriptivo 162
11.4 El desistimiento de la demanda interrumpe el término prescriptivo 163
11.5 La hipoteca o la prenda no interrumpen el término prescriptivo 164
11.6 El caso de la demanda desestimada 164
12. Posesión pública y el vicio de la clandestinidad 165
13. La posesión cierta como requisito inmanente para prescribir 167
14. La buena y la mala fe 171
15. El plazo para usucapir sistemas 173
16. Justificación de la usucapión, en cuanto institución jurídica. Aspectos críticos 174

Capítulo IV
La prescripción adquisitiva en la práctica forense 175
1. Aspectos sustantivos y procesales 175
2. La legitimación activa en la causa de quien intente la acción de usucapión 177

2.1 Conceptos en la doctrina jurídica, en la legislación y en la jurisprudencia 178
2.2 El actor material en el juicio de usucapión 180
2.3 El poseedor que exhibe sólo informaciones *ad perpetuam*, no prueba su legitimación en la causa 181
2.4 El valor probatorio de un contrato privado traslativo de dominio 185

3. La legitimación pasiva en la causa. Conceptos generales 190
3.1 La vocación del demandado en la usucapión 192
3.2 Dualidad de demandados. El propietario inscrito, no actual 193
3.4 El demandado fallecido 196

4. Imposibilidad Jurídica de adquirir el carácter de propietario vía usucapión cuando no existe a quien 197

5. La prescripción adquisitiva de Derechos posesorios 199
5.1 Primer posicionamiento: Es improcedente la acción 200
5.2 Segundo posicionamiento: Sólo pueden prescribirse derechos posesorios 200
5.3 Tercer posicionamiento: Es factible declarar propietario al actor, aun cuando el demandado sólo hubiere sido poseedor 206

6. Los bienes que constituyen el patrimonio familiar están fuera de comercio y por ello son imprescriptibles. 207

7. La acción real de prescripción positiva, es o no improcedente cuando se cuenta con acciones de carácter personal contra quien se intenta 209
7.1 Las acciones y excepciones reales y las personales se excluyen en un mismo juicio 210
7.2 Razones por las cuales debe prevalecer la improcedencia de la acción real 211

8. El término para ejercitar la acción de que tratamos 216

9. La materia y límites de la acción. El principio de congruencia 217
9.1 Conceptos de la doctrina jurídica procesal 218
9.2 La *litis* cerrada. Normas de Derecho positivo 220
9.3 No es factible demandar un tipo de prescripción indeterminado 221
9.4 El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito 222

10. Acumulación de acciones 224
10.1 Incompatibilidad de las acciones de nulidad del título del demandado y la prescripción adquisitiva 225
10.2 Los criterios de los órganos del Poder Judicial de la Federación 227
11. La usucapión no prospera cuando se opone como excepción 228
11.1 La sentencia ejecutoria tiene efectos constitutivos 228
11.2 La excepción tiende a destruir la acción. No constituye derechos 229
11.3 De no contrademandar la prescripción, el Derecho precluye 231
12. El problema de las disposiciones administrativas opuestas a la institución jurídica de la prescripción 233
13. El lapso poseído por el causante aprovecha en la prescripción. Fundamentos teóricos 238

Capítulo V
La prescripción de mala fe Conflictos normativos 241
1. Planteamiento del problema 241
2. La proscripción para los jueces de todo tipo de interpretación 245
3. Del método de interpretación exegético a nuestros días 247
4. Interpretación doctrinaria, legislativa y jurisdiccional 248
5. La ley. Límite de la facultad de interpretación del juez 250
6. Conflictos normativos e interpretación 253
7. Reglas básicas para la interpretación de leyes secundarias del mismo rango 256
8. Conflicto normativo del Código Civil del estado de Guanajuato 258
9. La interpretación contenida en la Jurisprudencia 1ª./J.19/2007 261
10. Nuestra opinión, relativa a conflicto normativo de la legislación de Estado de Guanajuato 266
Primer argumento. Sobre la legitimación en la causa 267
Segundo argumento. La posesión y su nexo con el acto de su origen 271
Tercer argumento. Los vicios y el lapso prescriptivo 271
Cuarto argumento. La usucapión y la conducta delictiva 272

Quinto argumento. El momento histórico del lapso prescriptivo 272
Sexto argumento. La apariencia del buen derecho 272
Séptimo argumento. La violencia y el título 274
Octavo argumento. La inseguridad jurídica 275
Noveno argumento. La ley prohibitiva y la ley permisiva 275
Décimo argumento. La filiación doctrinaria del Código Civil 276
Decimoprimer argumento. Incoherencias del Derecho Positivo 278
Decimosegundo argumento 278
Criterio reiterado de la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 279

11. Antecedentes del caso que dio origen a la contradicción de tesis XVI. 2º.C 282

12. Tesis XVI 2º.C del entonces 2º Tribunal Colegiado del XVI Circuito 283

13. Punto de vista y argumentos del entonces 2º Tribunal Colegiado del XVI Circuito 285

14. El panorama actual 287

Capítulo VI
Inconstitucionalidad del artículo 1250 del Código civil para el estado de guanajuato 288

1. Planteamiento del problema 288

2. Derecho fundamental de audiencia 289

3. Su evolución histórica 290

4. La garantía de audiencia en la Doctrina Jurídica 293

5. Acercamiento al concepto debido proceso legal 296

6. La garantía o derecho de audiencia en la legislación positiva 297
6.1 La garantía de audiencia también obliga al Poder Legislativo 299
6.2 La Tesis Fraga 300

7. La garantía de audiencia en la jurisprudencia actual 302
7.1 El pleno derecho a la justicia 305

8. Etapas procesales del juicio ordinario en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia 308

9. La garantía de audiencia frente al artículo 1250, del Código Civil Guanajuatense 330

Prólogo

La obra intitulada *Prescripción adquisitiva de mala fe* será bien acogida por los interesados en el estudio del Derecho. Constituye un esfuerzo del autor, que se valora por el profundo análisis de esta figura jurídica que esclarece su alcance legal y, en consecuencia, la aplicabilidad. Las reflexiones y conclusiones son producto del pensamiento de un estudioso juzgador, el Magistrado Juan Manuel Arredondo Elías.

Deseo destacar la personalidad del autor, quien cuenta en su haber con una sólida carrera judicial en cuyo inicio se desempeñó como actuario; secretario de Juzgado de Distrito y de Tribunal Colegiado. Posteriormente, incursiona al ser secretario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y con méritos suficientes se convierte en Juez de Distrito, desempeñando el cargo en las ciudades de Nogales, Sonora y en el Distrito Federal en materia administrativa y desde 1987, alcanza la magistratura.

Por otra parte, es de señalarse que cuenta con estudios realizados en prestigiados centros de enseñanza superior, como lo son las Universidades de Guanajuato, Barcelona, Salamanca, Texas, y obtuvo conocimientos en la UNICEF, organismo de la ONU, así como en el Instituto de Especialización Judicial del Consejo de la Judicatura Federal.

Hoy contamos con una nueva obra en la que se refleja el compromiso con la Justicia en México y, que constituye un legado para las nuevas generaciones, por la singular conducción hacia el lector y, punto de partida, para ubicarnos en el tema, al invocar la doctrina y conceptos que enmarcan el conflicto normativo existente en materia de prescripción adquisitiva de mala fe, a la luz de las disposiciones del Código Civil del estado de Guanajuato, con la idea de lograr la comprensión de interpretaciones

jurídicas como las sentencias formuladas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra incorpora cuestionamientos de abogados postulantes y conocedores del Derecho, quienes dirimen controversias ante órganos jurisdiccionales en la rama civil, con tópicos que como *sendero y viaje y no destino*, resultan de gran interés para las distintas materias en relación con la interpretación de las normas jurídicas y las reformas constitucionales referentes a los Derechos Humanos y Amparo, tales como la identificación de la interpretación literal o gramatical versus interpretación integral y armónica, la inaplicación de las normas frente a las antinomias y conflictos normativos, porque a juicio del autor inaplicar una norma puede traducirse en la desobediencia de otra.

El autor en los seis capítulos de su investigación, de manera metodológica parte de conceptos generales que permiten el mejor entendimiento del tema central de cada uno, para concluir expresando su opinión, sobre puntos finos que sólo la experiencia en el campo de la práctica jurisdiccional pueden identificarse.

Esta notable guía, contribuye a mejorar los planteamientos de las demandas y abonará en los criterios de los jueces al momento de resolver la prescripción adquisitiva de mala fe, actuando con una mayor cautela para desentrañar el sentido de la norma jurídica, que finalmente repercutirá en una experta impartición de justicia.

La temática de esta obra, involucra múltiples asuntos de actualidad, que tienen como origen la convergencia entre la interpretación de una norma y la existencia de un conflicto que, para su solución exige ir más allá del texto aislado de la literalidad de la norma, para que dentro de un marco de respeto a los principios constitucionales, como el de la seguridad jurídica de los gobernados y el de protección a la propiedad privada, sea posible hacer efectiva la institución jurídica de la prescripción adquisitiva.

Este tratado sostiene medularmente que un alcance incoherente con la naturaleza jurídica y mecánica de la prescripción adquisitiva que viole la propiedad privada, puede tener resultados impensados, como que un arrendatario decida unilateralmente ser dueño del inmueble, y para tal efecto, sea suficiente contar en el juicio respectivo con recibos del pago de servicios básicos como agua, telefonía, energía eléctrica y otros análogos de fechas anteriores y que contengan el domicilio y el nombre del actor (inquilino), tal como lo destaca el autor.

Arredondo Elías, también analiza otras razones poderosas que exigen la obligación de revelar el título que da origen a la posesión, como la necesidad de que la contraparte (propietario) y el mismo juzgador cuenten con elementos suficientes para alcanzar un fallo apegado a la verdad legal. Respecto del propietario para su defensa jurídica efectiva en juicio, que permita mantener su propiedad privada, y por lo que hace al juzgador para estar en posibilidad de conocer las probanzas de manera completa y las circunstancias bajo las cuales se dio la posesión, su origen y, en su caso, la detentación de la posesión y que conlleven a emitir un fallo fundado y motivado.

Esta trascendente investigación nos permite detenernos un momento hacia la reflexión y preguntarnos en todos los ámbitos jurídicos, si siendo la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación obligatoria, hasta qué grado la misma podría inaplicarse, si en ella se aprecia una interpretación literal y contraria a principios constitucionales.

La respuesta inmediata que da el autor es la de respetar el criterio de nuestro Máximo Órgano Jurisdiccional, pero que frente al nuevo marco constitucional, en específico el referente a la reforma del artículo 1º de la Constitución Federal, sostiene que seguro los jueces de manera fundada y motivada podrán emitir resoluciones más acordes con las normas en su integridad.

Por el momento, celebremos que hoy contamos con esta obra cuidada, que contiene reflexiones académicas y respetuosas, cuyo fin único es la búsqueda de una mejor impartición de justicia dentro de un marco constitucional, y en la que se expresan argumentos que parten de los conceptos e instituciones, que se hacen patentes para lograr el entendimiento de la aplicación adecuada de la prescripción adquisitiva de mala fe y, con ello, emitir resoluciones apegadas a Derecho y la Justicia.

Sin duda de que con esta aportación se tiene a la mano un sólido apoyo jurídico para los estudiosos del Derecho: juzgadores, académicos, investigadores y abogados postulantes ya que les permitirá analizar sobre un adecuado planteamiento en las demandas de prescripción adquisitiva de mala fe y, al mismo tiempo, diseñar una defensa de la propiedad privada; así como una interpretación sistemática dentro de un marco de respeto a los derechos fundamentales previstos en la Constitución Federal y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

J. Guadalupe Tafoya Hernández
Consejero de la Judicatura Federal

Capítulo I
Propiedad

1. Propiedad y posesión

Son dos las instituciones jurídicas que dan sentido y sirven de sustento a la prescripción adquisitiva, objeto y estudio de nuestro trabajo: la propiedad y la posesión, incluso, no es posible entenderla si se prescindiese de la intelección de alguna de ellas, porque la finalidad perseguida por quien pretende usucapir, por definición, es convertirse en propietario, a partir de su posesión calificada. Para fundar este aserto, basta con recordar la definición contenida en la obra de los reconocidos civilistas Planiol y Ripert, para quienes "la prescripción adquisitiva o usucapión, es un medio de adquirir la propiedad de una cosa, por la posesión prolongada de la misma, durante un tiempo determinado".[1] Por este motivo, resulta indispensable incursionar, así sea en forma breve, en el análisis de tales instituciones, fundamentalmente desde el ángulo jurídico, pero en lo referente a la propiedad también se hace necesario examinarla desde la perspectiva filosófica,[2] sin prescindir de las aportaciones efectuadas por los internacionalistas y aun de quienes estudian la ciencia económica.

[1] Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado elemental de Derecho Civil.* Tr., José M. Cájica Jr. Tomo III. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998, pp. 342 y ss.

[2] Es importante y trascendente el aspecto filosófico, no sólo porque los tratadistas de Derecho Civil, en su mayoría dedican al tema grandes espacios; estilan reflexionar sobre el origen de la propiedad, la justificación filosófica de su reconocimiento y hasta discuten, si se está en presencia de un derecho inherente a la naturaleza del hombre o simplemente si la propiedad es el resultado evolutivo de las sociedades, cuya explicación se enraíza en conceptos económicos y algunos llegan a afirmar que es un instrumento de abuso y sometimiento hacia los más desprotegidos. También es de relevancia porque en el Derecho Positivo existen y han existido sistemas jurídicos en una gama impresionante que, a la propiedad dan matices tan variados y distintos, que van desde su implantación despiadada, irreflexiva y cruel hasta su proscripción y desconocimiento, de modo que se

En cuanto al aspecto jurídico, resulta no sólo necesario, sino ineludible analizarla con exhaustividad y junto con ella el tema de la posesión, en la medida en que, a efecto de comprender la prescripción adquisitiva se necesita, de modo indispensable, hacer el distingo preciso entre un mero detentador, un poseedor derivado, un auténtico poseedor originario y un verdadero propietario, con particular énfasis en los modos y circunstancias por los que se adquiere la posesión, pues de ello dependen, tanto la existencia del título y en su caso del justo título, por el cual se posee y las notas de pacífica, pública, cierta y de buena o mala fe, que la legislación tiene en cuenta para estimar consumada la prescripción adquisitiva.

Además, es preciso considerar que el derecho de propiedad, tal y como lo concebimos en la actualidad, no es un derecho teórico, sino que lo normal, lo adecuado y lo que generalmente ocurre, es que el propietario es también el poseedor y detenta el bien que es suyo; sin embargo, cuando esto no es así, cuando sobrevienen circunstancias determinadas en que el poseedor calificado es uno y el propietario otro, es cuando opera la figura de la prescripción, que aúna la posesión con la propiedad.

Es de hacer notar que la liga entre los conceptos de propiedad y posesión es tan estrecha y fundamental para la intelección de la institución jurídica de la prescripción, que quienes han escrito sobre el tema discuten, para mejor intelección, cuál de las dos es de estudio preferente; los autores consideran, debe estudiarse primero la propiedad y luego la posesión, de entre los más destacados y por citar algunos de ellos, se cuentan Rafael Rojina Villegas y Leopoldo Carvajal; en cambio otros juristas de igual prestigio (Rafael de Pina, Luis Araujo Valdivia y Antonio de Ibarrola) consideran lo contrario; empero, como lo advierte Pericles Namorado Urrutia,[3] esta problemática, el seguir uno u otro orden, tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Ante este panorama. Iniciamos, sin más preámbulo, el estudio de la propiedad.

---

requiere, aunque de forma elemental, hacer notar las corrientes más destacadas y ubicar el tratamiento que sobre el tema recepta nuestra ley fundamental y los tratados internacionales, puesto que es la norma fundamental, entintada de la protección a los derechos humanos, la que encabeza el sistema jurídico en que descansan todas las instituciones, incluida, desde luego, la propiedad.

[3] Namorado Urrutia, Pericles, *Bienes, derechos reales, posesión y usucapión*, Xalapa, Veracruz, Universidad Veracruzana. 1999, pp. 218 y ss.

2. Las posturas filosóficas en torno a la propiedad

A continuación incursionaremos en el aspecto filosófico y de inicio diremos que Planiol y Ripert, autores acabados de citar, aseguran que en todos los tiempos se ha discutido mucho sobre el origen y legitimidad de la propiedad; que la opinión tradicional es la de Bossuet y Montesquieu, secundados por Mirabeau, Tronchet y muchos otros. Para ellos, la propiedad es una institución de derecho, pero esta idea ha llegado a ser singularmente frágil y para dar a la propiedad un fundamento sólido, ha sido menester algo más que la omnipotencia y buena voluntad del legislador. Aseguran que los jurisconsultos tienen la tendencia de "erigir los preceptos de la ley en principios filosóficos" y finalmente dicen que "la propiedad individual es un hecho que se impone al legislador" para sostener finalmente, que "es para las sociedades civilizadas de poblaciones compactas, una necesidad económica".[4]

Así, la propiedad está ligada indiscutiblemente a la concepción de Estado, como lo están otras instituciones que tienen íntima relación con la persona humana conviviendo en sociedad, pudiendo citar a guisa de ejemplo, a la familia y a la economía.[5]

Los teóricos, desde el punto de vista que tratamos, han encasillado a las entidades dentro de alguno de dos grandes grupos: Los Estados personalistas y los transpersonalistas.[6]

[4] Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Ob. Cit.,* pp. 129 y ss.

[5] En función del lazo estrecho entre la propiedad y Estado, al examinar las corrientes y posturas a que se afilian estos últimos, se determina al mismo tiempo sus posiciones filosóficas en relación a la propiedad, puesto que son estas ideologías el apoyo toral y conceptual del Estado mismo, en la medida en que unos la proscriben y pugnan por su supresión y otros tutelan su reconocimiento. En resumen, el rechazo o el reconocimiento de la propiedad privada, serán siempre el producto de la concepción filosófica a que se adhiera el Estado.

[6] Antes de examinar las características, los contenidos, los modelos y a fin de comprender estas nociones antagónicas, resulta conveniente, sólo en calidad de antecedente, recordar que con pocas diferencias sustanciales los autores aceptan como elementos esenciales del Estado: la población, el territorio, la autoridad y el elemento político. Para autores como Jean Dabin, la población y el territorio son elementos anteriores al Estado, en tanto que a éste, se le puede definir como "la agrupación política por excelencia". (Dabin, Jean. *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política.* Tr. Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003. pp. 9, 11, 12, 13, 24, 56 y ss.) Heller, dice que la "…organización estatal es aquel *status*, renovado constantemente por los miembros en que se juntan organizadores y organizados

Con el fin de entender las doctrinas personalistas y transpersonalistas, es necesario, no olvidar que están referidas al Estado; que la propiedad es una institución que los distingue e incluso, desde esta perspectiva es emblemática de su estructura y así se habla de Estados democráticos y de Estados totalitarios; que todo cobra sentido si se considera a la persona viviendo o mejor dicho, conviviendo en sociedad y en una sociedad organizada y rematada con el elemento político, lo que a su vez entraña la existencia del gobierno; traducido en el poder que detenta el propio Estado, quien asume (para decirlo al estilo de Max Weber y enunciando su conocido paradigma) "el monopolio de la violencia". Finalmente conviene remarcar que el Estado siempre tiene, como toda actividad humana, propósitos y fines que son, según veremos, la nota medular y es el punto de choque de las corrientes antagónicas que a continuación examinamos.

2.1 Transpersonalismo

De manera simple diremos que en lo sustancial los transpersonalistas sostienen que el Estado y sus fines son a quienes debe servir la persona; para ello bien puede intervenir en todos los aspectos, aun en contra de la voluntad individual, hasta controlar sus actos de todo tipo e incluso sus creencias; la historia está plagada de ejemplos: desde la antigüedad, dominada por tiranos, época en que se reconocían instituciones tan abominables como la esclavitud; con posterioridad, sobresalen las ideas de Federico Engels; el anarquismo y otras, hasta llegar a las dictaduras y los Estados totalitarios de reciente cuño. La posición contraria se identifica con la corriente englobada, en lo general, en las doctrinas humanistas.

…y que… al analizar, pues, la ordenación, el pueblo, el territorio y los órganos del Estado, no hay que olvidar en ningún caso que estos elementos del Estado sólo adquieren realidad en su recíproca interrelación" (Heller, Herman. *Teoría del Estado*. 6ª reimp. México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 256.). Para José López Portillo y Pacheco, son: primero, la población, que identifica con "una realidad social constituida por los hombres". Segundo: territorio… Tercero: orden normativo, que identifica con la organización política. Cuarto: gobierno… Quinto: poder". (López Portillo y Pacheco. *Génesis y teoría general del Estado moderno*. México, Textos Universitarios, 1976, pp. 417 y ss.) Aurora Arnaiz Amigo, afirma: "Se ha dicho que los elementos constitutivos del Estado, desde la posición clásica son: pueblo, territorio y poder..." (Arnaiz Amigo, Aurora. *Estructura del Estado.* México, Miguel Ángel Porrúa, 1997, p. 11).

La postura personalista, desde luego, sostiene que el Estado es una creación humana; que debe ser útil a los fines de las personas; para ello se sirven de conceptos tales como el fin común y sólo en este marco se justifica y tiene sentido. A lo largo de la historia, se han escrito y delineado por grandes pensadores muchas de sus notas características, según veremos luego con mayor detalle.

Como se advierte, se trata de un problema añejo; pero la *vexata cuestio*, ha mudado sólo de nombre. Al adentrarnos en el tema, nos encontramos con la postura de uno de los iusfilósofos más prolijo y reconocido del siglo XX, Luís Recasens Siches, quien de manera magistral y haciendo gala de síntesis, delinea con maestría las corrientes transpersonalistas cuando expresa que son aquellas en las que el hombre no es considerado como un ser moral con dignidad, como persona que tiene una singular misión que cumplir por cuenta propia; por el contrario, es utilizado como mero material para finalidades que trascienden su propia existencia moral; como pura cosa que se maneja como instrumento para fines ajenos a su propia vida.[7]

Quienes sostienen las tesis transpersonalistas, es bien sabido, ponderan un supervalor, un ideal enaltecedor, siempre fantasmagórico, como por ejemplo, la hegemonía del alma nacional, su grandeza, el predominio de cierta clase social o el de una raza. De esta forma, el individuo es valioso en proporción y en la medida en que contribuye a los fines del Estado; así un gran médico, un gran científico u otra persona sobresaliente en su actividad, si no aporta para ese ideario, carecen de utilidad y no merece ser reconocido.

Recasens afirma en este sentido que "son expresiones transpersonalistas las doctrinas de la antigüedad pagana, los romántico-tradicionalistas, los idearios ultra conservadores, el militarismo, el belicismo, el fascismo, el nazismo, el comunismo soviético y otros programas o realidades similares".[8]

Por su parte Reinhold Zeppelius, señala que "la tendencia hacia la máxima penetración y conformación de toda la vida de la comunidad es distintiva del Estado totalitario", pues el totalitarismo "se opone al

[7] Recasens Siches, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho,* 3ª ed. México, Porrúa, 1965, p. 502.
[8] *Ibídem*.

liberalismo y designa directamente la tendencia del poder estatal a expandirse y adueñarse del mayor número posible de ámbitos de la vida".[9]

Para ahondar en esta línea de interpretación, veamos dos de las posturas que la definen de manera especial y que se refieren particularmente a la propiedad: la de los anarquistas y la sostenida por Federico Engels. Tomo estas dos posturas por parecerme especialmente representativas en materia de propiedad, que es el tema que aquí nos interesa destacar.

2.2 Anarquismo

Es bien conocida la postura filosófica de los anarquistas, la cual tiene como característica esencial el repudio hacia lo normativo. Los anarquistas son enemigos de toda norma y, en principio de todo valor. El derecho, la moral, los convencionalismos sociales, la religión, aparecen ante sus ojos como exigencias arbitrarias, nacidas de la ignorancia, la maldad o el miedo. Para los partidarios de esa doctrina, como lo señala el ilustre iusfilósofo mexicano Eduardo García Máynez, las leyes humanas son pretensiones injustificadas e injustificables.[10]

Los adherentes al credo de un anarquismo colectivista, estaban convencidos de que los hombres eran por naturaleza esencialmente buenos y de que el Estado y sus instituciones les habían corrompido. Acorde a ello, observa Edgar Bodenheimer, creían que los hombres tenían un profundo instinto de solidaridad y que tras la destrucción violenta del gobierno organizado, serían capaces de convivir en un sistema perfecto de libertad, paz, armonía y cooperación.[11] Por tanto, para esta corriente de pensamiento, debe abolirse la propiedad, así como todo gobierno, por ello se les ubica dentro del género de doctrinas de las llamadas utópicas, sin que escape a la atención, que también se funda en algún ideario, según lo hace ver Norberto Bobbio, al decir que los movimientos anarquistas

[9] Zepepelius, Reinhold. *Teoría general del Estado,* 3ª ed. México, UNAM, Porrúa, 1998, p. 266.
[10] *Cfr.* García Máynez, Eduardo. *Ética*. 13ª ed. revisada. México, Editorial Porrúa, 1966, p. 51.
[11] *Cfr.* Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. 9ª reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 20.

representan el ideal recurrente de una sociedad sin opresores ni oprimidos y que se basan en una concepción optimista del hombre.[12]

Aquí conviene mencionar a Juan Jacobo Rousseau. Para algunos es autor utópico, pero de ningún modo partidario de la abolición de la propiedad privada, como lo informa Touchard.[13] Lo cierto es que en su *Contrato social*, pretende "encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes".[14]

2.3 Posición de Federico Engels

En esta misma línea se inscribe Federico Engels, quien abunda sobre la última de las posturas en su famoso libro *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, en donde hace el estudio evolutivo de estas instituciones. En el libro analiza y sigue el desarrollo evolutivo de diversas culturas, señalando que a lo largo de la historia moderna occidental apareció el dinero metálico, la moneda acuñada, constituyéndose en un nuevo medio para que el no productor dominara al productor y a su producción. Además, según este autor, después de la compra de mercancías por medio del dinero vinieron los préstamos y con ellos el interés y la usura. Ninguna legislación posterior arroja tan cruel e irremisiblemente al deudor a los pies del acreedor usurero. Engels comenta que "esas leyes nacieron espontáneamente bajo la forma de derecho consuetudinario sin más compulsión que la económica. Junto a la riqueza en mercancías y en esclavos, junto a la fortuna en dinero, apareció también la riqueza territorial y poco tiempo después la nueva propiedad territorial. La propiedad plena y libre del suelo, no significaba tan sólo facultad de poseerlo íntegramente, sin restricción alguna, sino también quería decir facultad de enajenarlo. Lo que esto significaba se lo enseñó el dinero, descubierto al mismo tiempo que advenía la propiedad privada de la tierra. El suelo podía ahora convertirse en

[12] *Cfr.* Bobbio Norberto. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. 12ª reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 187.

[13] Touchard, Jean. *Historia de las ideas políticas*. Madrid, Editorial Tecnos, 1961, p. 329.

[14] Rousseau, Juan Jacobo. *El contrato social.* México, Dirección General de Publicaciones UNAM, 1969, p. 20.

una mercancía susceptible de ser vendida o pignorada. Apenas se introdujo la propiedad privada de la tierra, se inventó la hipoteca…"[15]

Como se advierte, para este autor la propiedad, junto al Estado y a la familia, deben desaparecer; en cuanto a las cosas, deben ser comunes, como comunes deben ser las mujeres que no necesariamente deben procrear con un sólo individuo. En cuanto al Estado, éste debe desaparecer. Fue así como desembocan en el anarquismo las llamadas doctrinas comunistas, encabezadas por Carl Marx, quien con tono un tanto profético, dijo que una vez apoderado el comunismo de todas las situaciones "…en posesión temporal del poder dictatorial, el proletariado destruiría al Estado por ser la forma institucional de la sociedad de la clase explotadora".[16]

2.4 Personalismo

Se ha dicho que es una corriente identificada con el humanismo, que versa sobre las relaciones entre el Estado y el individuo. Según Recasens Siches, la característica distintiva de esta corriente es que trata de discernir cuál debe ser el supremo principio ideal orientador del Derecho (y por consiguiente el supremo fin de Estado) a partir de la consideración del ser humano como un ente digno y libre.

Los representantes de esta corriente parten de un planteamiento acerca del problema del Derecho, el cual al igual que todas las demás tareas y cosas que el hombre hace y desarrolla en su vida, y que todos los productos de la cultura y las instituciones sociales, tiene tan sólo sentido y justificación en la medida de que representa un medio para cumplir los valores que puedan realizarse en la persona individual, que es la única genuina que existe.[17]

Agustín Basave Fernández del Valle señala, en este sentido que "mientras la persona es para el Estado relativamente, el Estado es para la persona absolutamente".[18] Agrega que si los individuos se reúnen en el Estado para

[15] *Cfr.* Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado,* Moscú, Editorial Progreso, 1970, pp. 156 y 157.

[16] *Cfr.* Mydal, Gunnar. *El Estado del futuro.* México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 17.

[17] Recasenes Siches, Luis. *Panorama jurídico del siglo XX*. México, Ed. Porrúa, S. A, 1963. p. 531.

[18] Basave Fernández del Valle, Agustín. *Teoría del Estado. Fundamentos de filosofía política.* México, Ed. Jus, S.A. 1955. p. 163.

realizar su finalidad individual, la sociedad civil será, en último término, un medio para auxiliar a sus miembros. En resumen, estas posturas coinciden en el hecho de situar a la persona humana por encima del Estado, si bien como lo señala Recasens Siches, cabría hacer algunas distinciones de matices en la forma en que los diversos representantes de esa corriente de pensamiento abordan el tema de la difícil relación Estado/persona.[19]

2.5 ¿Justifica el iusnaturalismo la propiedad?

En la polémica en torno a la legitimidad de la propiedad, los pensadores de esta corriente sostienen que esa institución deriva de derechos de la persona que son naturales e imprescriptibles. Así, la mayoría de las declaraciones de los derechos del hombre la incluyen; es decir, le dan el trato de los derechos básicos del individuo. Esto como reflejo del iusnaturalismo moderno de la escuela clásica y, en general del pensamiento de la ilustración.[20]

Normalmente se suele creer y afirmar que las doctrinas iusnaturalistas defienden la propiedad privada como un Derecho Natural absoluto. Sin embargo, tal afirmación no es del todo acertada, sobre todo si tomamos en cuenta que hay doctrinas iusnaturalistas que condenan la propiedad privada, como es por ejemplo, la sostenida por san Ambrosio de Milán; otras –entre ellos santo Tomás de Aquino– sostienen que el Derecho no comprende ninguna norma imperativa sobre esta materia, pues es sólo un medio prudente para conseguir un orden de justicia y paz, mejor del que se podría lograr de otra manera, en vista de determinadas realidades sociales, pues la propiedad evita muchas perturbaciones de ese orden; hay otras doctrinas iusnaturalistas que, en efecto, reafirman a la propiedad privada como un Derecho Natural, divergiendo con el pensamiento tomista. Taparelli la justifica como proyección sobre las cosas del derecho de independencia personal, según lo informa el muchas veces citado Luis Recasens Siches, quien también afirma que, en general, la Escuela Clásica Moderna del Derecho Natural tendió a considerar la propiedad privada

[19] *Cfr.* Recasenes Siches, Luis. *Ob. Cit.,* pp. 128, 220, 226,235-238, 322,347, 365-366, 445, 446, 470-471, 474-475, 482-483, 490, 495, 526, 530-535, 772-773, 807-808, 823-825, 833-839, 861-862, 865, 879-880, 914.

[20] *Cfr. Ibídem.* pp. 582 y ss.

como una institución derivada de la razón, como medio necesario para la persona humana y como correlato material de la libertad del individuo.[21]

2.6 Otras doctrinas en defensa de la propiedad

Algunas doctrinas justifican la propiedad privada utilizando otro tipo de argumentos, como por ejemplo, de orden psicológico, ético, económico, y en todo caso sostienen que es connatural a la persona humana. Recasens observa que Trendelenburg, neoaristotélico alemán del siglo XIX, comulga con la idea de que la propiedad privada es efecto del instinto de propia conservación; hay quienes encuentran su fundamento en factores psicológicos, como Ángel Osorio y Gallardo, quien sostiene que sólo los presidiarios, los asilados y los soldados, usan ropa de munición; que los demás prefieren usar el traje que más les acomode y que al dinero que ganan con su esfuerzo, le quieren dar la aplicación que más les plazca, como usarlo para comprar una casa, una joya, un cuadro o ir al teatro, lo que significa que como el hombre ama no sólo la libertad, sino su libertad, también no apetece las cosas, sino sus cosas. Los fundamentos éticos, se encuentran en el argumento de que la propiedad privada es una consecuencia necesaria de la dignidad y libertad de la persona individual.

Otras concepciones, apuntan argumentos económicos, como por ejemplo las de Locke, Bastiat, Adam Smith, David Ricardo, quienes exaltan la propiedad privada, como producto del trabajo y señalan que representa una emancipación de la persona que se materializa en las cosas.[22] Por último, en esta línea de pensamiento, referimos muy especialmente otro tipo de posturas, como la adoptada por Eugenio Trueba Olivares, quien hace notar, relaciona y justifica la propiedad privada con la necesaria función social que debe cumplir.[23]

Hay otros autores decimonónicos y aun anteriores, que en relación al tema de la propiedad, expresan ideas para exaltar sus aspectos benéficos para el individuo y la sociedad, tal es el caso de Fritot, quien señala que "por donde quiera que ha sido respetado el derecho de propiedad,

[21] *Cfr. Ibídem*. pp. 582 y ss.
[22] *Cfr. Ibídem*. pp. 585-586.
[23] Trueba Olivares, Eugenio. *Derecho y persona humana*. México, Ed. Jus, 1966, pp. 230 y ss.

la inteligencia, la actividad y la emulación particulares, han asegurado la prosperidad general. Pero donde quiera que este mismo derecho ha sido infringido por la sociedad o por los que la gobiernan, aquellas virtudes se han extinguido; la indolencia, la ociosidad y la imprevisión les han sucedido: el hombre se ha degradado, la prosperidad y la gloria nacional han desaparecido, la miseria ha ocupado el lugar de la abundancia y ha sometido al pueblo al embrutecimiento, ha hecho en cierto modo necesaria la esclavitud, y aun ha hecho desaparecer la población".[24]

Desde diverso aspecto, sostiene que la propiedad es inherente a la naturaleza humana; el autor cuyas ideas acabamos de transcribir, también afirma que la sociedad civil no puede desatenderse de protegerla, de respetarla y hacerla respetar. Advierte que tal derecho ha sido ponderado aun entre los mismos pueblos nómadas o viajeros, en medio de las tribus errantes, como los escitas que castigaban el robo como el mayor de los crímenes; observa que a proporción del incremento, desarrollo y aplicación de la industria, deben desarrollarse también las leyes protectoras que garantizan la propiedad.

Otros autores, como Burlamaqui, al hacer el comparativo entre la igualdad social y el derecho de propiedad, expresa: "La propiedad es el más santo de todos los derechos del hombre, el fundamento necesario de toda asociación política; de modo que cuando la igualdad y la propiedad están en oposición y se excluyen mutuamente la igualdad debe ser sacrificada a la propiedad".[25]

Por último, diremos que a la propiedad, se le han atribuido, incluso, características taumatúrgicas. Proudhon, a quien paradójicamente se ha considerado el padre del anarquismo colectivo, decía en 1835: "el derecho de propiedad inspira a su dueño un sentimiento de seguridad sobre su porvenir, lo hace más tranquilo y menos turbulento, lo alienta en el trabajo para formar o adquirir algunas propiedades nuevas, dándole la

[24] *Fritot Science du publiciste*, tomo 1°, Prem., Part., liv., I, Chap., II, tit., I, C., III, (no se proporcionan otros datos de la publicación). En Murguía, Clemente, *Del Derecho Natural en sus principios comunes y en sus diversas ramificaciones, o sea, curso elemental de Derecho Natural y de gentes, público, político, constitucional, y principios de legislación,* México, ed. facsimilar, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2005, pp. 51 y 52.

[25] Burlamaqui, *Elementos de Derecho Natural,* (no se proporcionan más datos de la publicación), autor citado por Murguía, Clemente, *Ob. Cit.,* pp. 50 y 51.

certidumbre de gozar y disponer de ellas según sus deseos; o sea que los hombres laboriosos son siempre los mejores ciudadanos y los más útiles para la sociedad".[26]

3. La propiedad como derecho fundamental posturas de Luigi Ferrajoli y Robert Alexi

Para algunos autores contemporáneos como Luigi Ferrajoli, una de las características esenciales de los derechos fundamentales, es la de su universalidad, pues se considera que son los derechos asignados universalmente a todos los sujetos, y es lo que los distingue de los derechos patrimoniales, asignados a una persona con exclusión de los demás, de modo que, según la observación de Miguel Carbonell,[27] nos permite concluir que la distinción conlleva implícita la aseveración que la propiedad encajaría necesariamente en uno de los derechos fundamentales. Según Ferrajoli, "los derechos fundamentales –tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos civiles y los derechos sociales– son derechos "universales" (*omnium*), en sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son sus titulares; mientras que los derechos patrimoniales –del derecho de propiedad a los demás derechos reales y también los derechos de crédito– son derechos singulares (*singuli*), en sentido asimismo lógico de que para cada uno de ellos existe un titular determinado (o varios cotitulares, como en la copropiedad) con exclusión de todos los demás… Unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica… Los otros son exclusivos, es decir excludiendi alios, y por ello están en la base de la desigualdad jurídica".[28]

[26] Proudhon Pierre, Jhoseph. *Traité domanine de propriete,* (no se proporcionan más datos de la publicación), autor citado por José Ramón Narváez Hernández, *De la posesión y la propiedad en la historia del México, decimonónico. Una breve reflexión sobre la justicia,* artículo publicado en *Derecho Civil y romano, Culturas y sistemas jurídicos comparados.* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina Jurídica, núm. 290, 2006.

[27] Carbonell, Miguel. *Una historia de los derechos fundamentales.* México, UNAM, Editorial Porrúa, CNDH. p. 13 y ss.

[28] Ferrajoi Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil.* 4ª ed. Madrid, Trotta, 2004, p. 46.

Miguel Carbonell, al realizar un recuento de las opiniones dadas en relación al tema de universalidad, cita a Robert Alexi;[29] observa que este autor contemporáneo hace la diferenciación de los derechos humanos absolutos de los derechos humanos relativos; los primeros son los que se pueden oponer frente a todos los seres humanos, a todos los grupos y a todos los Estados, mientras que los segundos, solamente son oponibles a, por lo menos, a un individuo, un ser humano, un grupo o un Estado. Lo anterior porque distingue entre la universalidad con respecto a los titulares y la universalidad respecto a los destinatarios (obligados) de los derechos.[30] En este contexto, estamos en aptitud de decir que para Robert Alexi, la propiedad es un derecho fundamental absoluto, dado que, por definición, la propiedad es un derecho oponible a la universalidad de personas, quienes deben respetarlo. Aquí, es necesario acotar que conforme al autor que comentamos, al plasmarse en los distintos ordenamientos jurídicos, el núcleo básico de alguno de los derechos humanos, adquiere múltiples matices, es decir, la forma en que se recepte, no tiene que ser uniforme, para estar de acuerdo con los principios de justicia, pues cada pueblo, le da su propio toque, según su historia, cultura y pensamiento.

4. La propiedad en declaraciones internacionales

En el ámbito del Derecho Internacional, la propiedad es considerada como un derecho inviolable, vinculándosele a la vez con la función social. Así, el artículo 17 de la "Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano" del 26 de agosto de 1879, a la letra dice:

> Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública,

[29] *Cfr.* Carbonell, Miguel. *Ob. Cit.,* pp. 11 y ss.

[30] Alexi, Robert. "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático". *Derechos y libertades.* Madrid, núm. 8, enero-junio de 2000. pp. 24-26. En Carbonell, Miguel. *Ob. Cit.,* p. 13 y ss.

> legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización previa.[31]

En el artículo 17, de la declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se incluye el derecho de propiedad, conforme al texto siguiente:

> Artículo 17
> 1°. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
> 2°. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

En la novena conferencia internacional americana, celebrada en la ciudad de Bogotá, Colombia en el año de 1948, se aprobó la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuyo artículo vigésimo tercero y en declaración a la propiedad se lee:

> Artículo XXIII
> Derecho a la propiedad
> Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto recientemente, a partir de la consideración de lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo primero, que ordena que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y teniendo en cuenta que el artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana de Derechos Humanos, prevé la usura como una explotación de hombre por el hombre, como fenómeno contrario al derecho de propiedad, lo que se considera que ocurre cuando una persona en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés excesivo

[31] La declaración se reproduce en: González, Nazario, *Los derechos humanos en la historia,* México, Alfaomega, grupo editor. 2002, pp. 266 y 267.

derivado de un préstamo y dispone además que la ley debe prohibir la usura, concluyó que este tipo intereses usureros, quedan prohibidos por la Ley Cimera.

Este criterio lo adoptó en relación con lo dispuesto en el artículo 174, párrafo segundo, de la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito, que prevé que en el pagaré el rédito y los intereses que deban cubrirse se pactan por las partes, y sólo ante la falta de tal pacto, operará el tipo legal, de modo que una interpretación conforme con la Constitución General de la República, ese contenido normativo debe interpretarse en el sentido de que la permisión de acordar intereses, tiene como límite que una parte no obtenga en beneficio propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés excesivo derivado de un préstamo. Las estimaciones anteriores forman parte del texto de la tesis del rubro: PAGARÉ. EL ARTÍCULO 174, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PERMITE A LAS PARTES LA LIBRE CONVENCIÓN DE INTERESES CON LA LIMITANTE DE QUE LOS MISMOS NO SEAN USURARIOS. INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J.132/2012 (10a.) Y DE LA TESIS AISLADA 1a. CCLXIV/2012 (10a.)].[32]

Como bien puede advertirse la propiedad está siendo objeto de protección, por los pactos internacionales, de modo que, por el contrario, las ideas decimonónicas de la libre concurrencia están siendo sometidas a un examen cuidadoso que incluso, han llevado a su abandono, motivo por el cual nos ha parecido un cambio vertiginoso que apenas se ha producido a últimas fechas, pero que es laudable y da un giro inesperado de ciento ochenta grados contra el abuso rampante de los usureros, doctrina por demás, adherente a criterios humanistas con los cuales comulgamos ampliamente.

Por último y en relación a posturas referentes a la propiedad de instituciones de influencia mundial, citamos documentos y declaraciones hechas por la Iglesia Católica y mencionamos que en esta misma línea y con matices siempre de utilidad social, se han publicado entre otras encíclicas: *Acerbi plane* y la Constitución Apostólica *Ex commisso Novis* (Benedicto

[32] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima época, libro 7, junio de 2014. Tomo I, p. 400.

XIV); *Rerum Novarum* (León XII); *Quadragesimo anno* (Pío XI); *Mensaje al Katolikentag austriaco, el 14 de septiembre de 1952* (Pío XII); *Mater et Magistra y Pacem in Terris* (Juan XXIII); *Populorum pogressio* (Paulo VI); *Laborem Exercens y Sollicitudo rei socialis* (Juan Pablo II) y *Constitución Gaudium et Spee* (Concilio Vaticano Segundo).[33]

5. La propiedad en la Constitución Mexicana

Del análisis comparativo entre las doctrinas a que hemos hecho referencia podemos concluir que las ideas de orden personalista son ponderadas por nuestra Constitución;[34] que instituye con reconocimiento jurídico a la propiedad, si bien la matizó al introducir en su artículo 27 un régimen de propiedad *sui géneris*, como es el ejido, institución dirigida a la llamada clase campesina y destinado a la propiedad agraria con miras particulares a la explotación agrícola; cuestión que sólo apuntamos pues la naturaleza de este trabajo no nos permite detenernos mayormente en su consideración.

En suma, nuestra Ley Fundamental es eminentemente de corte personalista; pondera explícitamente el bien común y recepta las ideas de la propiedad privada, si bien con algunos matices como por ejemplo las causas de utilidad pública, que permiten expropiar los bienes, y el matiz colectivista de la institución del ejido; en el entendido de que se reconoce también a la propiedad agraria, al establecer el precepto constitucional que enseguida insertamos, a la denominada pequeña propiedad.

[33] Spiazzi, Raimundo, *Código de Doctrina Social,* México, Universidad Anáhuac, Editorial Diana, 1992, pp. 218 y sig.

[34] La idea de Estado personalista, se reafirmó con las adiciones y reformas sufridas por nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el mes de junio de 2011, donde se pondera las doctrinas más avanzadas de protección a los derechos humanos e incluso, el término de *garantías individuales*, es prácticamente sustituido por el de *derechos humanos* y el artículo 1º. Utiliza los vocablos *garantías para su protección*, para receptar la idea doctrinaria, de que se trata de los procedimientos que la propia ley fundamental establece, como el Juicio de Amparo, la Controversia Constitucional y las Acciones de Inconstitucionalidad, enumeradas, el primero, en los artículos 103 y 107 constitucionales y los dos últimos en el diverso numeral 105 del mismo ordenamiento.

Esto en cuanto al derecho de propiedad, pero garantiza además todo tipo de libertades en sus primeros 29 artículos; así, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo conducente preceptúa:

> Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponden 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. Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad públicas y mediante indemnización.
> La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para evitar los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

Desde luego que en relación a estos temas relacionados con la propiedad, su uso y función con la sociedad y aun con la humanidad entera, existen múltiples puntos de vista que abarcan aspectos tan disímbolos e interesantes como son los que se relacionan con la propiedad agraria a la que ya aludimos; con la ecología; con la explotación de los mares; con la producción de alimentos; con el desarrollo urbano, con las urgentes necesidades de conservar el agua, los bosques, las especies animales en peligro de extinción y otros más y al margen de lo mucho que pudiera decirse, nos conformamos con hacer este breve apuntamiento, dada la naturaleza de nuestro estudio, de corte substancialmente jurídico civilista y la necesidad de limitarnos a nuestra específica temática.

6. La propiedad en la historia del Derecho

Algunos historiadores del Derecho han encontrado rastros de la existencia de la propiedad en civilizaciones antiquísimas. Apuntan que en Babilonia y Asiria, existió la propiedad privada hasta de bienes inmuebles, como se demuestra con los contratos existentes en el British Museum y calculan una antigüedad que ubican en el año 1300 antes de Cristo. También afirman que en tiempos de los Ptolomeos existía la propiedad y la adquisición por prescripción.

Si nos remitimos a uno de los textos más antiguos de la historia, la Biblia, en el Génesis (XXIII, 13-21) se dice que Abraham compró un campo en cuatrocientos ciclos de plata y le fue reconocido como cosa propia. Por otra parte, en el Código de Hamurabi, se consagra y reglamenta la propiedad privada de cosas y tierras. En cuanto a la cultura Egipcia, no hay duda de la existencia de mercaderes que compran y venden, en el entendido de que la arqueología y la historia, en los estudios de los egiptólogos, han venido a confirmar los hechos que en la Biblia se describen.[35]

Es importante señalar que en el mencionado *Código de Hamurabi* cuya promulgación se presume es del año 1750, a. C., suponía una propiedad enajenable, movible e individual. La compraventa gozó de cierta flexibilidad, si se realizaba al contado y para el caso de los bienes muebles, no se exigía ninguna formalidad; en caso de bienes inmuebles era necesario un contrato escrito, redactado en presencia de testigos.[36]

Si acudimos al famoso diccionario de Joaquín Escriche, que ha sido referencia de muchas generaciones de juristas en nuestro país, observamos que la propiedad es considerada como obra de la ley civil. Según el connotado jurista español antes del establecimiento de las leyes, el hombre no tenía sobre las cosas que ocupaba, más derecho que el de la fuerza con que las defendía y conservaba, hasta que un rival más fuerte le privaba de ella. Se adquiría por la ocupación, se conservaba por la posesión y se perdía con la pérdida de la posesión: "en medio de un Estado tan precario vino la ley

[35] Domínguez Martínez, José Alfredo. *Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. México, Ed. Porrúa, 2010, pp. 324 y ss.

[36] *Código de Hamurabi,* introducción, traducción y comentarios de Federico Lara Peinado, Madrid, Editorial Nacional, p. 44. Obra citada por Tapia Ramírez, Javier. *Contratos civiles. Teoría del contrato y contratos en especial.* 2ª ed. México, Editorial Porrúa. 2013. p. 4.

civil, y estableció un cierto vínculo moral entre la cosa y la persona que lo había adquirido; vínculo que ya no pudo romperse sin la voluntad de la persona, aun cuando la cosa ya no estuviese en su mano. Este vínculo era el derecho de propiedad, derecho distinto e independiente de la posesión; de modo que desde entonces pudo uno ser propietario sin poseer la cosa y poseerla sin ser propietario".[37]

7. La propiedad desde el punto de vista jurídico. Su evolución en el Derecho Romano

La propiedad, como casi todas las instituciones jurídicas de Derecho Civil que receptan los códigos actuales de la materia, algunas sin modificaciones substanciales, tuvieron su cuna y alcanzaron pleno desarrollo en el pensamiento de los juristas romanos, quienes le dieron los matices y perfiles, hasta hoy apenas retocados. Esto sin olvidar que durante siglos fueron perfeccionando la institución.

Sin embargo, antes de referirnos a los rasgos fundamentales de las instituciones jurídicas romanas, es preciso tener en mente que el Derecho Romano no debe estudiarse, a la manera de los pandectistas del siglo XIX, como una fotografía, sino como una película,[38] para entender así su desenvolvimiento.

En este orden de ideas, es necesario precisar primero, que para el Derecho Romano era importante determinar qué cosas son susceptibles de apropiación. Posteriormente dejar en claro y bien asentado, que siguieron dos sistemas o mejor dicho, dos regímenes jurídicos distintos: uno, destinado a los ciudadanos romanos y otro, para quienes no lo eran.

De igual forma, se torna imprescindible recordar ciertos perfiles que en sus orígenes imprimieron a la propiedad, particularmente porque en esos inicios era necesario para ciertos bienes, seguir un auténtico rito, usando palabras sacramentales con la finalidad de que, en realidad, fuese transmitido el derecho de propiedad y reconocido ese derecho al nuevo

[37] *Cfr.* Escriche, Joaquín, *Diccionario de legislación y jurisprudencia,* Madrid, 1873, (ed. facsimilar México, por Cárdenas Editor y Distribuidor, dos tomos, 1979, pp. 1392 y 1393).

[38] Margadant S., Guillermo Floris, *El derecho privado romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea.* 4ª ed. corregida y aumentada, México, Editorial Esfinge, 1970. p. 17.

propietario, en el entendido de que cuando alguien quería aprovecharse de la ausencia de esta formalidad, en perjuicio del adquirente a quien ya se había enajenado, intentando acciones reivindicatorias, el jurista publicio, estableció, fin de evitar estos injustos reclamos, un medio de defensa que lleva su nombre (acción publiciana) y que ahora se conoce como plenaria de posesión.[39]

7.1 Las cosas susceptibles de apropiación

Para una mayor claridad expositiva, es conveniente recordar lo referente a la idea de cosas, que son elementos del mundo exterior que pueden producir una satisfacción al hombre. Así cuando se habla de derechos reales, nos referimos a aquellos que se vinculan a las cosas (la palabra real proviene de la voz latina *res*, que significa literalmente cosa). De igual forma, debe indicarse que las mismas pueden estar dentro o fuera del comercio, con la precisión de que sólo las primeras pueden ser objeto de apropiación.

Jesús Rendón Huerta dice que cosa es todo aquello que es susceptible de ser captado por los sentidos; que desde el punto de vista filosófico, tiene una significación muy amplia porque es igual a ente o ser; pero en derecho solamente se considera cosa lo que puede ser susceptible de un derecho y para ello se requiere que exista en la naturaleza y pueda encontrarse en el comercio. Debe ser determinable o determinada, lícita y útil a la persona. Posteriormente se amplió este concepto, incluyendo objetos incorporales o abstracciones, o sea los derechos.[40]

Una cosa puede estar fuera del comercio por razones físicas (como el sol) o por razones jurídicas (de derecho humano y de derecho divino). Por Razones de derecho humano están fuera del comercio: 1) Las cosas comunes que pertenecen a todos por Derecho Natural, *res comunes omnium jure naturali* (las costas del mar, aunque puede reglamentarse su uso). 2) Las cosas públicas, *res publicae* por ejemplo las carreteras, aun cuando pueden desafectarse). 3) Las sustraídas al comercio, *res universitatum,* por estar re-

[39] Petit, Eugene. *Tratado elemental* de *Derecho Romano.* México, Sexta edición. Editorial Porrúa, S. A., 1990, pp. 660 y ss.

[40] Rendón Huerta, Jesús. *Derecho romano, primer curso.* Guanajuato, México, Publicación de la Universidad de Guanajuato, Facultad de Derecho, 1999, pp. 63 y ss.

servadas al uso de una corporación, por ejemplo al municipio. Están fuera del comercio, a) la *res sacrae,* b) la *res religiosae* y c) las *res sanctae*.

Los párrafos siguientes, son de particular importancia para una mejor comprensión de las ideas romanas de usucapión y prescripción, porque se refieren a la distinción (en realidad se trata de una sub clasificación) de las *res in commercio*, pues éstas se clasificaban en *res mancipi* y *res nec mancipi.*[41]

Esta división sólo se aplicaba a los bienes de propiedad privada, considerados, según puedan o no, ser adquiridos por la mancipación.

Como señalamos anteriormente y lo resalta Ventura Silva,[42] la clasificación de las llamadas *res mancipi* y las *nec mancipi*, es importante únicamente en los derechos antiguo y clásico, porque en el justinianeo desaparece.

El ilustre romanista Eugene Petit,[43] afirma, además, que según Ulpiano, eran Mancipi: a) Los fundos y las casas situadas en Italia y en las regiones investidas del *jus italicum (fundos in sólo itálico)*; b) Las servidumbres rurales sobre los mismos fundos (*via, iter, actus* y el acueducto); c) Los esclavos y d) Las bestias de carga o de tiro (bueyes, caballos, mulas y asnos).

Las demás cosas o bienes eran *res nec mancipi* (corderos, cabras, dinero, joyas, etc.) La distribución refleja la importancia que tenían las *res mancipi* en la economía agrícola de la antigua Roma, así los instrumentos de trabajo, como los de carga y de tiro eran los elementos más importantes de la fortuna privada.

7.2 La propiedad quiritaria y la bonitaria

De inicio, diremos que los derechos reales, (concepto derivado de las acciones *in rem,* de la doctrina clásica) siempre en *númerus clausus*, lo constituye I) la propiedad y II) sus desmembramientos (*Iura in re aliena).*

[41] Margadant S., Guillermo F. *El derecho privado romano.* Cuarta edición, corregida y aumentada. México, Editorial Esfinge, 1960, pp. 228 y ss.

[42] Ventura Siva, Sabino. *Derecho Romano.* Vigésima segunda edición. México, Editorial Porrúa, 1006, pp. 195 y ss.

[43] Petit, Eugene. *Ob. Cit.,* pp. 169 y ss.

La propiedad, en cambio, era A) quiritaria y b) bonitaria.[44] La quiritaria[45] pertenecía al *Jus Civile, esto es, a los ciudadanos romanos*; en cambio la propiedad bonitaria se aplicaba a quienes no lo eran y devenía del derecho honorario. Por lo demás, cabe señalar que conforme a la distinción entre las *res mancipi y las nec mancipi*, las primeras se transmitían por la *mancipatio*, mientras las segundas por la simple *traditio*.

En este contexto, bien pudiera suceder que se enajenaran bienes que sólo podían ser transmitidos solemnemente; pero cuando tales solemnidades no se cubrían y el propietario original intentaba recuperarlo por medio de acciones reivindicatorias, a pesar de haber recibido el precio, el comprador quedaba desprotegido. Ante esta situación fue que, como señalamos, surge una defensa: la llamada publiciana, que luego se convirtió en acción, en el entendido de que los códigos modernos la receptan y en la práctica, se ejerce esta acción notoria con frecuencia.

7.3 Formas y solemnidades para adquirirla

El ilustre Pietro Bonfante, resalta que la *mancipatio* y la *in jure cesio*, eran modos formales *iuris civilis*, requeridos por el derecho antijustineaneo para la enajenación de la *res mancipi.*[46] Así pues, podemos decir que la *mancipatio*, consiste en una venta simbólica, efectuada en presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos, púberos y de otro ciudadano que tenía una balanza de bronce, por lo que se llamaba *libripens.* El adquirente (*mancipio accipens*), que llevaba en la mano un pedazo de bronce, declaraba solemnemente que la cosa era suya y que la había comprado con aquel bronce y con aquella balanza; luego golpeaba la balanza con el bronce y lo presentaba al enajenante como precio. La *mancipatio* es la forma exclusi-

[44] Margadant S., Guillermo F. *Ob. Cit.,* pp. 228 y ss.

[45] El nombre de *quiritaria*, seguramente se debe a que con él se pretendió honrar a Rómulo, uno de los fundadores de Roma y primero de los siete reyes (los otros fueron: Numa Pompilio, Tulio Hostilio, Anco Marcio, Tarquino el Antiguo, servio Tulio y Tarquino el soberbio). De Rómulo se dice que un día de revista, desapareció en medio de una tempestad. Se pretendió que subió al cielo y se le adoró con el nombre de Quirino. (*Cfr.* Malet Alberto. *Curso de historia universal, Roma.* México, Editora Nacional. 1963. pp. 17 y ss.

[46] Bonfante, Pietro. *Instituciones de Derecho Romano*. México, Publicación del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. 2007, pp. 275 y ss.

vamente propia para la *res mancipi*, de modo que aplicada a las llamadas *res nec mancipi*, no tenía por sí ningún valor.

Por la *in jure cessio*, se transmite al adquirente la propiedad de la cosa. En cuanto a la posesión, sólo le pertenece luego que existe la tradición. Se usaba tanto para la *res mancipi*, como para las *nec mancipi*. Según lo expresa Ventura Silva, era una especie de abandono que hacía el propietario de la cosa al adquirente, *in jure*, ante el magistrado, en forma ficticia, pues se simulaba un proceso acerca del dominio de la cosa.[47]

Puestos previamente de acuerdo, el enajenante y el adquirente comparecían ante el pretor con la cosa, cuando era mueble; si la cosa fuese inmueble, era necesario transportarse al lugar, pero es probable que en la época clásica no se exigía ya este requisito, contentándose con llevar un fragmento que representase el inmueble. El adquirente ponía la mano sobre la cosa y pronunciaba una fórmula solemne: *aio hanc rem meam esse ex iure quiritium*; afirmaba ser el propietario según el Derecho Civil; después el magistrado preguntaba al enajenante si opone alguna pretensión contraria. Si no protesta, el magistrado declara propietario de la cosa al adquirente.

Si las formas de la *manipaptio* o de la *in jure cesio* no habían sido observadas, cuando el adquirente había recibido solamente la tradición de la *res mancipi*, aun cuando fuera en base a una *iusta causa*, no se hacía propietario legítimo, *ex iure Quiritium*, sino que era sencillamente poseedor; y sólo que la posesión hubiere durado uno o dos años adquiría el dominio por usucapión. Así se decía que tenía el dominio *in bonis.* Para defensa del adquirente no quiritario, nació la acción publiciana.

Esta distinción, es importante para nuestro tema puesto que la usucapión era un modo de adquirir que sólo surtía efectos entre ciudadanos y no valía más que respecto de cosas susceptibles de *dominiun ex iure Quiritium*. No era aplicable, por tanto a fundos provinciales. Para colmar esta laguna y dejar expedita la posibilidad de este modo de adquisición por la posesión a título de dueño en tratándose de fundos provinciales, operó la *praescptio logi témporis*, como luego abundaremos. Además, conviene advertir que hasta antes de Justiniano, existía la propiedad Quiritaria y la Bonitaria, pero finalmente ésta división desapareció: "Justiniano observa con justa razón que la propiedad quiritaria, al lado de la bonitaria, no es

[47] Ventura Silva, Sabino. *Ob. Cit.,* pp. 212 y 213.

más que un *nudum jus, un vacuum et superfluum verbum* (palabra vacía e inútil) que, por tanto, extirpa de la ciencia jurídica".[48]

En resumen y a la luz de las enseñanzas de los romanistas, en la tradición jurídica romana, la propiedad, en principio, es un derecho, a diferencia de la posesión que, al menos en los inicios de la cultura jurídica romana no lo era, sino una situación de facto. Se ubica entre los derechos reales, siempre limitados (*numerus clausus*) y más aún, era el derecho real por excelencia. Consistía substancialmente en la facultad de gozar de la cosa en la forma más completa, por lo cual se les otorgaba el *jus utendi*, o derecho para usar el bien objeto de propiedad, conforme a su naturaleza; el *jus fruendi,* que se traducía en la facultad de percibir el producto de la misma y el *jus abutendi*, que le permitía, incluso "abusar" de ella, por ejemplo enajenándola, en el entendido de que es un error considerar que el derecho era absoluto, en el sentido pleno de la palabra, porque siempre tuvo limitaciones en vista al interés social. Además, se afirma una cuarta característica, que distinguía al citado derecho de propiedad: el *jus vindicandi*, que le permitía reclamarlo de cualquier tercero, en caso de ser perturbado en su posesión.

8. Definiciones doctrinales

La generalidad de los autores que han escrito sobre el tema de la propiedad se limitan a describir sus notas, señalando que es el derecho real por excelencia. En cambio, otros parten de las ideas de los romanistas y proponen o acuñan una definición propia, matizándola con algunos otros elementos.

8.1 Los autores romanistas

Pietro Bonfante

Bonfante aportó su propia definición señalando que la propiedad es: "el señorío más general sobre la cosa, ya sea en acción, ya sea por lo menos en potencia". Enseguida explica que la expresión "el señorío más general",

[48] Margadant S., Guillermo F. *Ob. Cit.,* p. 252.

implica que no se puede determinar el contenido del dominio, y como el propietario puede ejercitar sobre las cosas todas las facultades posibles, se incluyen las facultades en potencia pues estas son indefinidas y en el movimiento económico-social, infinitamente variables en su contenido; así, no se pueden enumerar y en su caso determinar positivamente; aun cuando advierte de que siempre el derecho impone limitaciones legales. También puntualiza que la propiedad es "el señorío eminente sobre la cosa"; los demás derechos reales están subordinados a la propiedad y puede decirse que de ella brotan todos ellos. Además, en su tipo antiguo y genuino, es verdaderamente un señorío absoluto y exclusivo, repugnante a cualquier limitación, a cualquier influencia extraña; absorbe necesariamente todo lo que se incorpora a ella (principio de accesión) y es perpetua.[49]

José de Jesús Rendón Huerta

Este autor asegura que los textos romanos no definen la propiedad, pero sí expresan que es *plena in re potestas*; según Gayo, es *plenum ius*; la jurisprudencia clásica entendía como propiedad: *dominium* absoluto sobre una cosa. La cosa se encontraba sometida a su dueño en todos sus aspectos, pudiendo proceder respecto a ella a su arbitrio y repeler cualquier perturbación a terceros; hace notar que, sin embargo, se imponían algunas limitaciones que tuvieron su origen en el interés general.[50]

Sabino Ventura Silva

En su texto de Derecho romano, este autor nos ofrece la siguiente definición: "[la propiedad] es la facultad que corresponde a una persona (el propietario) de obtener directamente de una cosa determinada, toda la utilidad jurídica que es susceptible de proporcionar; o como el señorío del hombre sobre la cosa, garantizado por el derecho objetivo, contra toda injerencia extraña".[51]

[49] Bonfante, Pietro, *Ob. Cit.*, pp. 248 y sig.

[50] Rendón Huerta, José Jesús. *Derecho Romano, Primer curso.* Guanajuato, México, Publicación de la Escuela de Derecho de la Universidad de Guanajuato, 1999, p. 72.

[51] Ventura Silva, Sabino, *Ob. Cit.*, p. 199.

Guillermo Floris Margadant

Uno de los más reconocidos estudiosos del Derecho Romano en nuestro país, el maestro Margadant, reitera que las fuentes romanas no nos proporcionan una definición del derecho de propiedad; nos dice que ni siquiera utilizaron una terminología uniforme, empero, para precisar el concepto, encontramos los términos de *dominium,* de *mancipium* y de *proprietas.* Por lo demás, los comentaristas condensaron el derecho de propiedad en la breve fórmula *ius utendei, fruendi, abutendi.* A estos tres elementos, motu proprio, les añade un cuarto: el *ius vindicando*; el derecho a reclamar el objeto de terceros poseedores o de detentadores y que es una consecuencia directa de la circunstancia de que la propiedad es el derecho real por excelencia, y por tanto se puede oponer a terceros.[52] Formula su propia definición: "La propiedad es el derecho de obtener de un objeto toda la satisfacción que este pueda proporcionar. Este derecho puede estar limitado por el interés público y por otros derechos privados que desmiembren la propiedad (hipotecas, servidumbres, etc.). Sin embargo tales restricciones nunca se presumen y son de estricta interpretación. Además en cuanto cesa el derecho concurrente, la propiedad vuelve automáticamente a su plenitud original, sin necesidad de acto especial, de la misma forma en que la pelota de hule vuelve a recuperar su primitiva forma redonda, cuando se deja de ejercer presión sobre ella".[53]

Eugene Petit

Antecesor de las actuales generaciones de romanistas, señala que los antiguos jurisconsultos romanos, en efecto, no definen el derecho de propiedad: "escapa a toda definición por su sencillez y extensión, pues es el derecho más completo que se pueda tener sobre una cosa corporal. Por eso, sólo se limitan a estudiar los diversos beneficios que procura la propiedad. Según un análisis que germina en los textos, pero que ha sido precisado y desarrollado por nuestros autores antiguos, estos beneficios se resumen en el uso, el fruto y el abuso…". Así el propietario que contaba

[52] Margadant, S. Guillermo Floris, *Ob. Cit.,* p. 245.
[53] *Ibídem.* p. 244.

con esas facultades tiene sobre un poder absoluto sobre la cosa, lo cual le da derecho de hacer lo que mejor le parezca, aunque la ley pude imponerle ciertas restricciones, de las cuales admitía varias el Derecho Romano.[54]

En relación a estos tratadistas del Derecho Romano, simplemente comentamos lo ya afirmado: que los juristas antiguos, ciertamente, no acuñaron una definición de propiedad; sólo describieron las facultades y derechos que el dueño tenía sobre el bien de su propiedad, con exiguas limitaciones y las acciones propter in rem con las que contaban.

8.2 Los autores clásicos y los contemporáneos

Julián Bonnecase

Bonnecase define la propiedad señalando que se trata del derecho real tipo, "en virtud del cual, en un medio social dado, y en el seno de una organización jurídica determinada, una persona tiene la prerrogativa legal de apropiarse, por medio de actos materiales o jurídicos, toda la utilidad inherente a una cosa mueble o inmueble".[55]

En nuestra opinión esta definición incurre en el error lógico llamado tautología, que consiste en incluir en la definición, lo que se pretende definir. Empero, tiene la virtud de señalar que se trata del derecho real tipo, y aludir a una comunidad jurídica, que es donde cobran sentido los derechos.

Planiol y Ripert

En su *Tratado elemental de Derecho Civil*, en el capítulo relativo al análisis de los derechos del propietario, en el apartado que denominan "definición" hacen suya la de Aubry et Rau, que es la siguiente: "El derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y

[54] Petit, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano,* traducido de la novena edición Francesa y aumentado con notas originales muy amplias en la presente edición por D. José Fernández González, México, Editorial Porrúa, 1990, pp. 229 y ss.

[55] Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, 2ª reimpresión, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998, p. 640 y ss.

exclusiva a la acción y voluntad de una persona".[56] Estos autores, critican la definición legal (art. 544 del Código Civil Francés), según el cual "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta". Dicen que la definición tiene el mal de no señalar más que un sólo carácter de la propiedad y además se duda que esa característica sea exacta, porque ni el derecho de goce ni el de disposición son realmente absolutos y ponderan otro carácter esencial de la propiedad: es exclusiva y consiste en la atribución del goce de una persona, con exclusión de las demás.

Esta definición tiene cualidad de ponderar que el respeto a tal derecho de propiedad es prioritario como sucede con todos los derechos reales, siendo además, oponibles al universo de personas, que es el elemento negativo de ese tipo de derechos. En realidad, estamos en aptitud de observar que de, entre los autores más recientes, son los primeros en teorizar acerca de este elemento negativo, como lo es la nota de exclusión, que a la postre es determinante tener en cuenta en los juicios prescriptivos.

José M. Llovera

Llovera no nos ofrece una definición, sin embargo, al señalar sus características dice que "el derecho de propiedad es un poder moral, individual, exclusivo y perfecto, pero limitado y subordinado".[57] Luego explica las notas distintivas.

1) Dice que la facultad de apropiarse es un poder moral, porque el fundamento natural no debe buscarse en el instinto de apropiación, sino en el destino a que se orienta el bien de que se trate; en su destinación obligatoria a un fin que libremente se ha de conseguir.

2) Por derecho individual, ha de entenderse que si bien la propiedad se ordena indirectamente al bien común, en línea directa se encamina a la utilidad y provecho del individuo, da a entender que es un instrumento para que la persona humana logre sus fines superiores. Por este motivo advierte que la expresión empleada, por algunos economistas de que la propiedad tiene una función social, es aceptable, si se quiere significar que

[56] Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado elemental de derecho Civil.* Traducción, José M. Cajica Jr. Tomo III. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998. p. 138.

[57] Llovera, José M. *Tratado de sociología,* 2ª ed. Argentina, reimp., a la 7ª ed. Española, Buenos Aires, Fides, 1949, pp. 294 y ss.

indirectamente está destinada a contribuir al bienestar de la sociedad y que viene sujeta a los dictados de la justicia social y por ello, el propietario no está exento de deberes morales y aun de justicia para con la sociedad, en uso de la cosa objeto del dominio; por ello compete al Estado la facultad de determinar cuándo el derecho individual de propiedad debe ceder ante el interés prevalente de utilidad común, según la *Encíclica Cuadragésimo anno*.

3) Es un derecho exclusivo. La condición de dominio, está relacionada directamente con la utilidad que exclusivamente corresponde al propietario, por ello, no pueden ser objeto de apropiación los llamados bienes de uso inagotable, como el aire, la luz solar y otros semejantes.

4) Es un derecho perfecto. El propietario puede disponer plenamente de la cosa, de su utilidad y aun de su substancia *(jus abutendi)*.

5) Es un derecho limitado y restringido. Esto por las exigencias del bien común, por la ajena necesidad, por la ley y está subordinado, en todo caso, al deber moral.[58]

Es de considerar que las primeras dos notas, son de corte iusfilosófico, sobre el cual ya hemos tratado y opinado; en tanto que las restantes sí están referidas a características jurídicas, pero no aportan mayor novedad a las notas distintivas de otros autores. Empero, es conveniente resaltar que para esta época, ya se había matizado el derecho de propiedad, privando al concepto de las notas tan extremas de dominio, que fueron ponderadas por los autores decimonónicos. Además advertimos que confunde el concepto de exclusividad, con la delimitación de los bienes susceptibles de apropiación, puesto que Planiol y Ripert, acertadamente lo identifican con la nota negativa que exige al universo de personas el respeto a la propiedad.

Rafael Rojina Villegas

De acuerdo a la definición del derecho real de propiedad, este autor señala que "ésta se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido

[58] *Ibidem*.

jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto".[59]

Se trata de una definición elaborada a partir de elementos técnico jurídicos. El autor es cuidadoso al hablar de poder jurídico, señalando que no se limita al poder material o de dominio que suele atribuirse a los bienes materiales, de suerte que bien puede comprender la definición a la propiedad de otros derechos no tangibles, como los de autor. Cuando expresa que ese poder se ejerce en forma directa e inmediata, destaca el elemento de dominio íntimo entre el derecho objeto de propiedad y el sujeto (propietario). Al precisar la finalidad, que no es otra que aprovecharla en sentido jurídico, nos indica que el *abuso o ius abutendi*, de que hablaban los romanos, siempre estará limitado por la norma jurídica, ahorrando explicaciones, como pudieran ser el que los límites obedezcan al interés social o por fines orientados en ese sentido. La definición incluye el llamado elemento negativo o de exclusividad, que se enuncia diciendo que el derecho es oponible a un sujeto pasivo universal, es decir a cualquier individuo, por ello dice que la relación se entabla entre el titular y ese sujeto universal.

9. Definiciones legales

Es bien sabido que en esta materia los códigos civiles de la República Mexicana de distintas épocas, incluidos los actuales tiene una influencia decisiva del Código Civil Francés y que de la lectura a los diversos preceptos legales que a continuación se insertan, se llega a la irremisible conclusión que en este renglón específico del derecho, la institución jurídica de la propiedad, que tratamos en este apartado, prácticamente reproducen y han reproducido las ideas del llamado Código Napoleón. En este contexto transcribimos el artículo 544 del citado Código Francés: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de la cosa, de la manera más absoluta, con tal de que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos".

[59] Rojina Villegas Rafael, *Derecho Civil mexicano.* Tomo 3º, vol. I, Bienes y derechos reales, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969, p. 290.

En relación a la legislación mexicana transcribimos la letra y comentario de don Raimundo Guerra[60] al Código del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, sancionado el 13 de diciembre de 1870 y que entró en vigor el 1° de enero de 1871: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las que fijan las leyes. La propiedad es inviolable: no puede ser ocupada sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. El propietario de un terreno es dueño de su superficie, de lo que está debajo de ella y del espacio que perpendicularmente le corresponda. Por lo mismo podrá hacer en él todas las obras, plantaciones o excavaciones que quiera, salvas las restricciones establecidas en el título de servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en la legislación especial de minas y en los reglamentos de policía. (Arts. 827, 828 y 829).

En el Código de 31 de marzo de 1884, con vigencia a partir del primero de junio siguiente, prácticamente se reprodujeron los preceptos del Código Civil anterior, según se advierte de los artículos que enseguida se insertan:

> Artículo 729.- La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las que fijan las leyes.
> Artículo 730.- La propiedad es inviolable: no puede ser ocupada sino por causa de utilidad pública y previa indemnización.
> Artículo 731.- El propietario de un terreno es dueño de su superficie y lo que está debajo de ella. Por lo mismo podrá usarlo y hacer en él todas las obras, plantaciones o excavaciones que quiera, salvas las restricciones establecidas en el título de las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en la legislación especial de minas y en los reglamentos de policía.

En la legislación particular del estado de Guanajuato, encontramos que el entonces gobernador general Florencio Antillón, y por así haberlo dispuesto el Tercer Congreso Constitucional del estado de Guanajuato, adoptó para esta entidad federativa el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, según decreto número 69, de fecha 26

[60] Guerra, Raimundo. *Derecho del Código, o sea el Código Civil del Distrito puesto en forma didáctica.* México, Imp. de J.M. Aguilar Ortiz. 1873, p. 104.

de abril de 1871. Lo propio ocurrió al Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 1884. El actual Código Civil para el estado de Guanajuato en sus artículos 791 y 792 refiere:

> Art. 791.- Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.
> Art. 792.- Están fuera del comercio, por su naturaleza las cosas que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley las que ella declare irreductibles a propiedad particular.
> Art. 828.- El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.
> Art. 829.- La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización.
> Art. 830.- La autoridad puede, mediante indemnización, ocupar la propiedad particular deteriorarla y aun destruirla, si eso es indispensable para prevenir o remediar una calamidad pública, para salvar de un riesgo inminente una población o para ejecutar obras.

10. Pluralidad terminológica en el lenguaje común y en el jurídico

En relación a la propiedad, hemos dicho que no fue definido por los romanos, pero para referirse a este derecho aludían a los conceptos de *dominium, mancipium* y *proprietas*. En la actualidad, tenemos que los códigos civiles tampoco la definen, pero a éste derecho si le denominan propiedad, aun cuando en el lenguaje común se confunde con el objeto de tal derecho; por ejemplo suele decirse "mis propiedades". Por lo demás, se utilizan como voces sinónimas, las de "señorío" y "dominio", en el entendido de que entre propiedad y dominio, existe una distinción el género a especie (representado el primero por la propiedad y el segundo por el dominio).[61]

Desde el punto de vista etimológico, la palabra propiedad proviene de la voz latina *proprietas-atis*: carácter particular distintivo, especí-

[61] *Cfr.* Rojina Villegas, Rafael. *Ibídem*.

fico, cosa poseída particularmente. A su vez derivado de *proprius-a-um*; a título particular, exclusivo; y este adjetivo se deriva de *pro*; preposición latina que indica a favor de, por, en razón de; y de *privus*: singular peculiar.[62] En el *Diccionario de la Real Academia Española* se lee: "1. f. Derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales. 2. f. Cosa que es objeto del dominio, sobre todo si es inmueble o raíz. 3. f. Atributo o cualidad esencial de alguien o algo. 4. f. Semejanza o imitación perfecta. 5. f. Defecto contrario a la pobreza religiosa, en que incurre el profeso que usa una cosa como propia. 6. f. Fil. Accidente necesario e inseparable. 7. f. Gram. Significado o sentido peculiar y exacto de las voces o frases. 8. f. Mús. Cada una de las tres especies de hexacordos que se usaron en el solfeo del canto llano".[63]

Wolf, también observa que el concepto es de naturaleza equívoca, no sólo en el lenguaje corriente sino también en el científico. Se usa a veces en sentido amplio, asociado a la idea socio-política de patrimonio y otras en una acepción más estrecha, que permite distinguirla como un derecho específico frente a otros derechos reales. La primera acepción es adoptada por el derecho real; la segunda, más estricta, corresponde a la dogmática del derecho privado.[64]

11. Nuestro punto de vista

Puede situarse desde diversos ángulos de observación. Según se dijo, los filósofos, juristas o no, han desarrollado ideas con gran variedad de matices, pero siguiendo denominadores comunes; se han dividido, según hemos visto, en dos grandes grupos: personalistas y transpersonalistas.

Nuestro punto de vista es más próximo a las ideas personalistas, en el que se ponderan ideas basadas en el humanismo. Consideramos que la persona humana, es un ser substancial que tiene metas y fines que cumplir,

[62] *Cfr.* Dehesa Dávila, Gerardo, *Etimología Jurídica,* 5ª ed., México, publicación de la SCJN. 2008. p. 393.

[63] *Diccionario de la Real Academia Española*.

[64] Enneccerus, Ludwing; Kipp, Theodor y Wolf, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Barcelona. Bosch, Casa Editora, pp. 321 y ss.

y que además, por ser libre, posee una dignidad intrínseca. Por ello nos parece inaceptable que si el Estado es a fin de cuentas una creación de seres humanos, la persona sea considerada sólo un instrumento para los poderosos. Los fines que la persona se propone, no deben provenir de ideas de otros individuos, sino de ellos mismos o al menos aceptadas por ellos; de lo contrario, se trataría de autómatas carentes de individualidad y dignidad humanas. Por ello, no es admisible la existencia de un súper valor, simple idea fantasmagórica, que carecería de sentido sin un ser substante. En resumen y en palabras de Agustín Basave Fernández del Valle, diremos que el Estado tiene un carácter instrumental, porque no se justifica, sino en la medida en que sirve de medio para garantizar los derechos del hombre como ser animal, en el buen sentido de la palabra, substancial y racional.[65]

En cuanto a la justificación de la propiedad privada, nos parecen más adecuadas las ideas de quienes piensas que la ésta sólo tiene sentido en la medida en que sirva de medio a la persona para lograr sus fines, en el entendido de que ésta, además debe cumplir una función social, haciendo especial énfasis en la atinada observación de don Eugenio Trueba Olivares, cuando dice: "entiéndase que una cosa es legitimar como fundamental el derecho de propiedad privada y otra muy distinta autorizar los enriquecimientos indebidos, pues nada hay que permita aprobar el bienestar a costa de otro".[66]

Observamos que no únicamente los filósofos sino otros pensadores, como los literatos, tienen en mente la idea de que las riquezas deben ser compartidas. Como ejemplo, basta citar al ilustre Miguel de Cervantes Saavedra, en cuanto expresa estas ideas en su obra cumbre: el ingenioso hidalgo *Don Quijote de la Mancha:* "…dichosa edad y siglos dichosos aquellos a quienes los antiguos pusieron el nombre de dorados, y no porque en ellos el oro que en nuestra edad de hierro tanto se estima, se alcanzase en aquella venturosa sin fatiga alguna, sino porque entonces los que en ella vivían ignoraban estas dos palabras de tuyo y mío. Eran en aquella

[65] Basave Fernández del Valle, Agustín. *Teoría del Estado. Fundamentos de filosofía jurídica.* 2ª Ed. México, Edit. Jus, 1955, p. 159.

[66] Trueba Olivares, Eugenio. *Ob. Cit.,* p. 234.

santa edad todas las cosas comunes…"[67] De esta trascripción advertimos que se encierra toda una postura, tendente a evidenciar la bondad de compartir las riquezas, a que cada vez se conviertan éstas en un nuestro.

En lo tocante al aspecto jurídico la propiedad es un verdadero derecho. Si imaginamos los tiempos más remotos de la historia humana, podemos suponer que un buen número de grupos de personas, al inicio, cuando se volvían sedentarias, se posesionaban de ciertas tierras y cosas; se daba el fenómeno de la ocupación; por ello se discute si la posesión es sólo un hecho o un derecho; sin embargo, la propiedad, en contraste, es siempre un derecho, no teórico, porque deben ir unidas propiedad y posesión. Es decir, al reconocer la colectividad la pertenencia de algún bien a determinada persona, sin duda alguna, se está en presencia de un concepto cultural, un reconocimiento, aun en aquel rudimentario derecho.[68]

En otro contexto, compartimos plenamente las ideas de Wolf, en relación a la institución de la propiedad privada, en el sentido de que es uno de los pilares del ordenamiento social y jurídico (tanto alemán como mexicano y de otros países). Medios de producción y bienes de consumo, fincas y cosas muebles, pero también derechos de todas clases, y otros objetos explotables económicamente, son distribuidas entre distintas personas sujetas a derechos; Por lo demás, la existencia de la propiedad privada, en cualquier caso, su justificación es moral; radica en el finque se propone, de asegurar a cada hombre libre un espacio vital particular e independiente de toda voluntad ajena.[69]

En tal contexto no queda más que abonar a las posturas, casi todas coincidentes, en el sentido de que se trata del derecho real por excelencia; por ello, deberemos admitir que en la actualidad se conserva la idea romana de que éste da a la persona un máximum de dominio sobre sus bienes, aunque limitado por razones de interés público, Por ende, es justificado que se diga, se trata de un poder jurídico y en consecuencia, se coincide con aquellos autores, quienes hacen referencia al más pleno dominio jurídico, del cual derivan las notas características de inmediatez y al resto de

[67] Cervantes Saavedra, Miguel*, El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha.* México, Ed. Nacional. 1966, pp. 54.

[68] *Cfr.* Escriche, Joaquín, *Diccionario de legislación y jurisprudencia,* Madrid, 1873, ed. facsimilar, por Cárdenas Editor y Distribuidor, dos tomos, México, p. 1359 y ss.

[69] *Cfr. Ob. Cit.,* pp, 322, 323.

ellas que refieren a la propiedad de recaer sólo sobre cosas singulares (descartando las universales) que pueden ser aprovechadas por todo mundo y a las que hace referencia a que las cosas objeto de apropiación deben ser integrales, puesto que no se puede concebir a un propietario sólo de una parte del objeto; por ello los copropietarios tienen el derecho sobre todo el bien.

La otra nota relevante es la de exclusividad, en tanto se recurre a la ficción de crear un sujeto universal, que involucra la idea de que todo mundo (equivale a decir, cualquier persona), debe respetarlo. En cuanto al objeto de la propiedad, entendemos que, unánimemente se acepta no sólo la propiedad de cosas corporales, sino también la propiedad de derechos, aun cuando cabe recordar que este trabajo se encuentra referido a la prescripción adquisitiva que los excluye, motivo por el cual no abundamos más sobre este género.

Del estudio y observación detenida de lo antes expuesto, estamos en aptitud de proponer la siguiente definición: "La propiedad es el derecho real por excelencia, producto cultural y de la normatividad jurídica, que otorga al titular un poder reconocido en la legislación positiva, el cual se ejerce sobre un bien tangible (en el caso de las cosas) e intangible (en el caso de los derechos), que se caracteriza por la posibilidad de aprovecharlas totalmente, oponible al universo de personas, elemento negativo, y limitado por las notas de utilidad y bien común; contemplado como uno de los derechos fundamentales en los ordenamientos constitucional, reconocido en los tratados internacionales y que constituye uno de los capítulos esenciales de los Códigos Civiles y de otras leyes, como la Agraria".

Capítulo II
La posesión

1. Relación entre propiedad y posesión

Este capítulo es de capital importancia para el tema de la prescripción, puesto que el simple hecho de mantener físicamente el bien que se quiere prescribir, no es apto para lograr que opere la usucapión. Por este motivo es indispensable tener una idea clara del concepto; saber cuáles son sus elementos; su naturaleza jurídica; lo que es poseer en concepto de dominio y, en fin, cuáles son las características de esa posesión apta para prescribir y lograr, por ende, que la autoridad judicial declare al poseedor como nuevo propietario.

Para ello es preponderante tener presente la letra de la ley, así como recordar los conceptos doctrinarios indispensables de lo que se ha escrito sobre el tópico, con la advertencia de que no hay uniformidad en las percepciones teoréticas y menos en las diversas legislaciones de las entidades federativas.

Entrando en materia, tenemos que la relación entre propiedad y posesión está entintada con matices de muy diversa índole, motivo por el cual, muchos autores destacan la dificultad de esa relación y particularmente observan lo difícil de ubicar en el mundo jurídico el concepto de posesión. Así, Jorge Mario Magallón Ibarra, de manera aguda observa que "los autores que se ocupan de la posesión, comienzan ordinariamente por lamentarse de la dificultad externa que presenta esta materia".[1]

En este tenor, citamos a José Alfredo Domínguez Martínez, quien luego de apuntar que se trata de una de las instituciones más complejas e

[1] Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo IV. 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 2009, p. 105.

interesantes, asevera que en la doctrina jurídica han surgido muchas opiniones en torno a la posesión, las más de las veces encontradas. Hace notar que la posesión implica en principio, la detentación directa de la cosa que se tiene físicamente; empero, si bien se posee por ser propietario, puede suceder que éste transmita contractualmente la posesión; así, (observaríamos nosotros) conserva la posesión originaria. Se puede poseer también sin tener derecho, como en el caso del apoderamiento en forma ilícita; En otras ocasiones, hay quien está poseyendo por encargo del propietario y quien posee porque cree que le transmitieron el derecho, pero quien lo hizo no estaba legitimado para ello; adicionaríamos el supuesto del mero detentador; de aquel quien posee a nombre de otro o por encargo, como el depositario judicial; así mismo sumaríamos el caso complicado de cuando el derecho de posesión corresponde a una persona moral, sujeto de derechos incorpóreo. Así, encontramos que la misma ley contempla situaciones en las cuales, sin que alguien tenga la cosa físicamente en su poder, se le considera poseedor de la misma y por el contrario, hay quien, de hecho la tiene, empero carece del carácter de poseedor, de acuerdo también con la ley.[2]

Manuel Mateos Alarcón, en sus *Lecciones de Derecho Civil*, al comentar los Códigos Civiles del Distrito Federal de 1870 y 1884, dice que la posesión está tan íntimamente ligada con la prescripción, que los códigos modernos tratan una y otra bajo un mismo título, pero que nuestro código, siguiendo el proyecto español, dividió esta materia.[3]

Floris Margadant, en forma por demás elegante y aun poética, se refiere a la posesión en estos términos:

> En un rincón del palacio de la ciega diosa de la justicia, vive una extraña solterona. Su carácter es complicado y causa muchos trastornos a la pacífica convivencia de los conceptos jurídicos. Sin embargo, se la tolera, ya que no se puede prescindir de ella. Aunque de rancio

[2] *Cfr.* Domínguez Martínez, José Alfredo. *Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez.* México, Editorial Porrúa. 2010. pp. 465 y 466.

[3] Mateos Alarcón, Manuel. *Lecciones de Derecho Civil. Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884.* Tomo II, *Tratado de las cosas.* México, ed. original, Librería de J. Valdés y Cueva. Ed. Facsimilar, México, SCJN. 2004, p. 33

> abolengo jurídico, no pertenece a la alcurnia de los auténticos derechos; pero debido a sus frecuentes intimidades con el derecho de propiedad, permitimos que viva en la antecámara de éste. Me refiero a la posesión.

En el párrafo siguiente, destaca que se trata de un tema importante y delicado; para robustecer su aserto pondera y resalta la fundamental importancia que tiene esta distinción; cita, en ese contexto, la frase lapidaria de Ulpiano: "No hay nada común entre propiedad y posesión".[4]

La problemática inicia, con la pregunta ¿por qué se protege la posesión? Nadie formula esa interrogante para la propiedad. La razón es porque la posesión tiene a primera vista algo extraño y contradictorio, como lo hace notar Ihering, quien observa que al proteger la posesión, se protege también a los bandidos y ladrones y en este orden de ideas formula las interrogantes: "¿Cómo el derecho que condena el bandidaje y el robo puede reconocer y proteger sus frutos? ¿No es eso sostener con una mano lo que con la otra se rechaza y persigue?"[5] Enseguida dice que cuando una institución existe después de siglos, no es posible sustraerse a la convicción de que debe estar fundada en motivos imperiosos y que de hecho, la necesidad de la protección posesoria, nunca ha sido seriamente puesta en duda. Para rematar, afirma que el interés del asunto no es privativo de la filosofía del derecho y del arte político legislativo, sino que tiene una gran importancia dogmática.

Los problemas continúan en cuanto se advierte que la posesión es la imagen exterior de la propiedad. En efecto, la posesión de las cosas, particularmente entre los romanos (para ellos la posesión de derechos mereció un tratamiento diverso) significaba la relación de hecho con la cosa que permite disponer de ella plenamente, unida a la intención de disponer de la misma como dueño; el significado de la palabra es el de un señorío verdadero, de una dominación real y efectiva sobre la cosa. Concebida así la relación, entre detentador y cosa poseída, ésta no expresa sino lo que ordinariamente es el contenido de la propiedad. Viceversa: La propiedad

[4] Margadant S., Guillermo Floris. *El Derecho Privado Romano.* 4ª ed. corregida y aumentada. México, Ed. Esfinge, S.A. 1970, p. 234.

[5] Von Ihering, Rudolf. *La posesión.* México, Publicación del Tribunal Superior del Distrito Federal. 2003, pp. 29 y ss.

no es otra cosa sino la posesión provista de garantía jurídica.[6] No obstante lo anterior, no siempre el propietario es poseedor ni el poseedor es propietario. Por ahora baste aludir al ejemplo del ladrón, quien posee, aunque ilegalmente, pero no es el propietario, desde luego.

Otro tipo de dificultades se presentan cuando se desdobla el derecho de propiedad, porque sucede que el propietario entrega la posesión a otro y entonces, el uno posee a nombre del otro; pero puede suceder, en otro ejemplo, que alguien posea sin ningún derecho, como la esposa que *de facto*, habita un inmueble aun en ausencia de su marido, pero es éste quien lo tiene dado en arrendamiento, entonces se le califica de simple tenedora, aunque también se emplea la expresión de mera detentadora o que simplemente se sirve de la posesión. En párrafos siguientes nos ocuparemos de los vocablos.

A un mayor abundamiento y con fines explicativos, recordemos que el derecho de propiedad no es un derecho teórico; que lo normal, lo acostumbrado, la regla, es que el propietario conserve la posesión del bien que es de su propiedad. Sin embargo, existen excepciones a esa regla. Por una parte es factible, como ya adelantamos, que la propiedad se "desdoble" ; que un propietario entregue la posesión derivada a cualquier título de los permitidos por la ley, como el arrendamiento, el comodato y otros análogos, mediante la celebración de un acto jurídico de esa naturaleza. En tales casos, la detentación o sea la posesión derivada, la tiene el arrendatario, el comodatario, etcétera, pero el propietario (jurídicamente hablando), no se ve afectado en lo absoluto en su auténtico derecho de posesión, porque en realidad conserva el dominio.

En otros casos, cuando por alguna circunstancia, sin razón jurídica alguna, el propietario es privado de la posesión, tendrá siempre a su alcance, la acción reivindicatoria e incluso la diversa acción publiciana, puesto que la propiedad implica el *ius possidendi.*[7] Para citar un ejemplo

[6] Bonfante, Pietro. *Instituciones de Derecho Romano*. México, Publicación del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2007, pp. 352 y ss.

[7] La jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, permite que el propietario, al margen de que cuenta la acción *reivindicatoria*, bien puede ejercer la diversa *plenaria de posesión o publiciana*. La tesis se encuentra publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*. Contradicción de tesis 23/93, Tercera Sala. Séptima época, tomo 74, p. 15.

recurriremos al caso del despojo, en que el propietario (despojado), quien se ve turbado en ese derecho a poseer es uno y el despojante otro. También puede presentarse la situación contraria, es decir que existan poseedores sin ser propietarios, algunos con interés jurídico y otros con interés legítimo; así, el despojante, quedaría legitimado para intentar algún interdicto frente a otro cuya posesión no sea mejor. En cambio, el arrendatario, el comodatario, y otros con títulos semejantes, cuando les es arrebatada la posesión por un tercero, sí contarán con un verdadero interés jurídico para recuperar el bien, pero sólo frente a actos donde se vulnere la posesión que tienen en calidad de poseedores derivados.

Para completar el cuadro, en cuanto a la relación existente entre propiedad y posesión, tenemos que surgen otras interrogantes que pretenden dilucidar si la posesión es un hecho o un derecho; cuál es su verdadera naturaleza jurídica; cuáles son los elementos que la conforman; las clases de posesión que existen; su protección por parte del legislador y otros semejantes. Para abordar el tema, iniciamos con las raíces de su etimología y de su concepto gramatical.

2. Etimología de la palabra posesión y clases de poseedores

Según Gerardo Dehesa Dávila, en su *Etimología Jurídica*: "*possesio-possessionis. Posesión* [hecho de estar en posesión de]. ocupación: vocablo derivado del verbo *possideo- possides-possidere-possedi possesum*. ser poseedor, poseer tener [poder o fuerza] ocupar. este verbo se compone a su vez de dos elementos: *potise*, *podereoso*. capaz de. su origen se remonta a su vez al sánscrito *pátih*, que significa amo. de ahí pasó al griego *pótnia*, reina soberana, dueña, [de ahí déspota, despotismo] y del verbo *sedeo-sedes-sedere-sedi-sessum*, estar sentado, ocupar un puesto, arraigar, tomar conciencia [un hecho, opinión o juicio]. etimológicamente, el que se sienta o arraiga en el poder".[8]

Estas ideas, han dado lugar a que se formen dos corrientes: la primera se apoya en la idea de que la voz latina *possidere*, [compuesta a su vez de

[8] Dehesa Dávila, Gerardo. *Etimología jurídica*. México, Publicación del Poder Judicial de la Federación, 2004, pp. 343 y 344.

sedere (sentarse) y de *pos*, prefijo de refuerzo] significa: afirmarse con los pies, hallarse establecido. La segunda de tales corrientes de opinión, sostiene que la palabra de referencia, proviene del verbo latino *possum, potes, posee, potui*, cuya traducción es poder. Esta discrepancia etimológica, a fin de cuentas no tiene trascendencia, puesto que quien se encuentra establecido, está ejerciendo un poder.[9] La dificultad del concepto de posesión es de otro matiz; la problemática no es gramatical ni filológica; está entintada con cuestionamientos gran de fondo, como desde ahora bien se puede advertir.

3. Clases de poseedores

Veamos ahora las tres clases de poseedores: 1) poseedor originario, llamado también inmediato; 2) poseedor precario o derivado, denominado también mediato o detentador, 3) simple poseedor y 4) poseedor legítimo o legitimado. A fin de establecer estas distinciones conceptuales, nos auxiliaremos de la legislación positiva, vigente en el Estado de Guanajuato, por lo que insertamos la letra del precepto siguiente:

> Art. 1039.- Cuando a 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 la posesión civil; el otro una posesión precaria.

3.1 Poseedor originario (o inmediato)

De la lectura del numeral antes inserto, se deduce, sin hesitación alguna, que el propietario conserva la posesión, que se ha dado en llamar originaria, a pesar de que hubiere transmitido la tenencia del bien a otro.

[9] Conformes: Petit, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano,* traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales muy amplias en la presente edición por D. José Fernández González, México, Editorial Porrúa, 1990, p. 238; Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Ob. Cit.,* p. 96; Namorado Urrutia, Pericles. *Ob. Cit.,* pp. 217 y ss.

3.2 Poseedor precario, mediato, derivado o detentador

Además, el artículo trascrito, reconoce la existencia de otra posesión, que la ley, en el propio precepto, le denomina como precaria o que se posee a título precario, (los autores también utilizan como voces sinónimas las de "detentador"; de poseedor inmediato y de poseedor a título derivado) queriendo expresar con esto, que se posee a nombre de otro.[10]

3.3 Simple poseedor

Se identifica con la idea de quien únicamente se sirve de la posesión. La idea de los Códigos Civiles de 1870 y 1874, ya no se recepta en el vigente Código Civil del estado de Guanajuato, el cual, en su artículo 1039 (cuyo texto quedó trasunto en renglones anteriores) distingue al poseedor originario del poseedor derivado, pero la ley también hace referencia y puntual distinción entre éstos y el de una tercera categoría de personas que, aunque de facto ocupan el bien de que se trate, jurídicamente no se les reconoce con el carácter de poseedores; se trata de meros detentadores, también conocidos como meros tenedores, o para hacer uso del lenguaje empleado por Wolf, de servidores de la posesión.[11] En tales casos no se les considera, como ya se dijo, siquiera poseedores, por no concurrir en ellos, el *animus dominii,* elemento indispensable para la existencia de la posesión que estudiaremos en párrafos siguientes. Esta distinción se hace aun más patente de la letra del numeral 1041, que enseguida transcribimos:

> Art. 1041. Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que le retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes o instrucciones que de él haya recibido, no se le considera poseedor.

[10] Cifrado: Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Ob. Cit.,* pp. 95, 121 y ss.; Cortés Miliciades. *La posesión,* reimpresión de la 4ª ed., Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Themis, 1999. pp. 11 y ss.

[11] Enneccerus, Ludwing; Kipp, Theodor y Wolf, Martín, *Tratado de Derecho Civil,* tomo III, *Derecho de las cosas*. Barcelona, Bosch, casa editorial, 1975, pp. 46 y ss.

Tal es el caso de la doméstica que tiene el uso de una parte del inmueble donde labora, espacio que es de su exclusividad o el de la esposa que habita un inmueble pero el poseedor derivado es su marido, quien, por ejemplo celebró con el propietario un arrendamiento, un comodato u otro contrato análogo.

Desde luego, insistimos que en estos casos, el mero tenedor no posee. En cuanto a los tratadistas, citamos de nueva cuenta la obra de Ennecerus, Kipp y Wolf, donde se aborda este problema en forma expresa y se concluye de manera categórica que evidentemente, quien sólo se sirve de la posesión y la ejerce en la conciencia de que es otro el poseedor y por lo mismo sigue sus indicaciones, en realidad no es poseedor.[12]

En lo que concierne a la interpretación de los Tribunales de la Federación, tenemos que tanto el máximo tribunal de la Federación, como los Órganos Colegiados de Circuito, son acordes con estas ideas. Como muestra se cita el criterio del 3er. Tribunal Colegiado del 7º. Circuito en Materia Civil, contenido en la tesis del sugestivo título: "POSESIÓN JURÍDICA. LA SIMPLE TENENCIA MATERIAL DEL INMUEBLE, ES INSUFICIENTE PARA ACREDITARLA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ)".[13]

3.4 Posesión legítima o legitimada

La mayor parte de los autores se abstienen de formular una definición específica de posesión legítima; sin embargo, el Código Civil de la entidad, sí reconoce y previene consecuencias jurídicas a quienes hubieren adquirido por alguna causa, cierta clase de posesión que no es, ni la que se adquiere mediante un título en concepto de dueño, ni la derivada que se obtiene por algún medio jurídico y se transmite ésta, reservándose al dueño, su posesión civil. Así, pudiere darse el calificativo de posesión legítima, por ejemplo en casos de descubrimiento de tesoros; de los que derivan del movimiento de las aguas y en género, los que tengan como origen algún hecho independiente de la voluntad, debiéndose

[12] *Ibídem*.

[13] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época, Tribunales Colegiados. Tomo XIII, abril de 2001. p. 1105. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. Amparo en revisión 28/2000. María del Carmen Osorio Veraldi y otro. Unanimidad de votos. Ponente: Adrián Avendaño Constantino.

destacar los que se adquieren por conducta delictuosa. Las consecuencias jurídicas para tales supuestos, se previenen, entre otros preceptos, en los artículos 1051,1062 y 1248 de la ley civil local. De ahí deducimos que existen poseedores que han adquirido con un título o causa generadora de su posesión, por medios que incluso pueden ser contrarios a derecho, pero que la ley los legitima para que en ciertos casos puedan ser respetados en su posesión y les deja en aptitud de acudir a los tribunales a fin de ejercitar acciones como las interdictales de retener o recuperar la posesión, es decir que la propia ley se encarga de proteger la que así se obtiene o conserva, que en rigor no es civil, precaria o derivada, pero tampoco se trata de mera detentación, sino que es una categoría intermedia de posesión. Por estas notas que la hace divergir del otro tipo de poseedores, consideramos que se está en presencia de una posesión legítima, contemplada en la ley, pero que escapa a las notas características bien definidas de las otras reconocidas en los códigos civiles.

Retomando el tema de los vocablos y al margen de la clasificación anterior de corte eminentemente jurídico-doctrinario, resulta conveniente señalar también, que en el lenguaje coloquial y aun entre los abogados, existe una imprecisión en los conceptos, puesto que en ocasiones, por ejemplo, se atribuye el calificativo de detentador, a quien propiamente no posee, ni siquiera a nombre de otro, menos a nombre propio, sino que se sirve de la cosa como mero tenedor.

En cuanto al desconcierto terminológico, Lafaille, observa en referencia a los conceptos de posesión y tenencia, que la primera dificultad, que aparece es de terminología, por cuanto, ni en los autores ni en las leyes, la nomenclatura es precisa, ni siquiera uniforme.[14] En resumen: existe una notable anarquía en los vocablos relativos a este tema; sin embargo cuando se lee algún escrito, sobre todo si fue elaborado por alguien conocedor de derecho, con seguridad se abstrae el sentido de la expresión, conforme al contexto.

[14] *Cfr*. Lafaille. Citado por Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.,* p. 231.

4. Diversa clases de posesión en la doctrina jurídica

Con la única finalidad de abundar en las diversas clasificaciones acerca de los tipos de posesión y porque consideramos que en trabajo de la naturaleza del actual es adecuado, aun corriendo el riesgo de duplicar conceptos, aludir a los diferentes tipos de posesión expuestos por autores; por ello, de inicio, insertamos la clasificación de Edgar Elías Azar.[15]

— ORIGINARIA. Aquella que se ejerce como propietario.
— DERIVADA. La que el titular transfiere por virtud de un acto jurídico, otorgando al tercero la capacidad de retener la cosa temporalmente.
— DE BUENA FE. Aquella que se adquiere con título bastante o ignorando los vicios del mismo.
— DE MALA FE. La que se obtiene sin título alguno o conociendo los vicios del que se tiene.
— PACÍFICA. La que se adquiere sin violencia.
— CONTINUA. La que se prolonga ininterrumpidamente en el tiempo.
— PÚBLICA. La que se disfruta de manera que pueda ser conocida por todos.
— NATURAL. Se traduce en la mera detentación física de la cosa.

A continuación, citamos el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* de don Joaquín Escriche. Ahí encontramos que el citado jurista, hace la distinción de una gama de diversos tipos de posesión que de manera sucinta enumeramos en este trabajo y que en seguida nos limitamos, dada su claridad, a insertar sus definiciones y a realizar algún comentario, cuando así se requiera.[16]

[15] Elías Azar, Edgar. *Personas y bienes en el Derecho Civil mexicano*. 2ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 470 y ss.

[16] Escriche, Joaquín. *Diccionario de legislación y jurisprudencia*. Madrid 1873. Ed. facsimilar, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1979, pp, 1392 y 1393. Escriche, Joaquín. *Ibídem*.

4.1 Posesión actual

La que va acompañada del goce real y efectivo de un fundo con percepción de frutos. Llámese actual por contraposición a la imaginaria o artificiosa. Nótese que esta posesión la identificamos con aquella que el código civil, en el precepto infrascrito (1039), denomina posesión originaria y quedaría comprendida, por su plenitud, en el propietario.

4.2 Posesión clandestina

La que se toma o tiene furtiva u ocultamente, de modo que no ha podido ser conocida de la parte contraria. En relación a este tipo de posesión, bien pudiéramos afirmar que se trata de una posesión que tiene relación con la llamada posesión pública, en su antítesis, cuestión que se relaciona y a que se refiere el numeral 1073, del Código Civil del estado de Guanajuato, en el entendido de que es en el capítulo siguiente, donde abordamos con amplitud el tema.[17]

4.3 Posesión continua

La que consiste en una serie de actos ciertos que no han sido impedidos por ninguna especie de oposición natural o civil. El comentario obligado, es el de referir que este tipo de posesión, se relaciona con la interrupción, que impide la consumación del plazo prescriptivo. De igual forma, nos remitimos al capítulo siguiente.[18]

4.4 Posesión inmemorial

La que excede la memoria de los hombres más ancianos, de suerte que no hay ninguno que tenga conocimiento de su origen. Cuando se trata de saber por ejemplo, cuál ha sido siempre la disposición y situación de ciertos lugares sobre que tienen litigio algunos particulares se dirá que tienen a su favor la posesión inmemorial el que justifique mediante el testimonio

[17] Véase capítulo III. Apartado XIII. "Posesión pública y el vicio de la clandestinidad".
[18] Véase capítulo III. Apartado XI. "Los conceptos de continuidad e interrupción".

de los más ancianos del pueblo que la disposición de los lugares ha sido siempre tal cual él la sostiene, como no se pruebe lo contrario por instrumentos. Esta posesión produce la adquisición de todo lo que no es absolutamente imprescriptible, es decir, de todas aquellas cosas cuya prescripción no está expresamente prohibida por la ley, cualquiera que sea el tiempo que transcurra. La jurisdicción suprema v. gr. no puede adquirirse por posesión inmemorial, porque es un derecho que no admite prescripción alguna; ley 6, tít. 29, Part. 3 y ley 4, tít. 8, lib. 10, Nov. Rec. Pero en las cosas que no son absolutamente imprescriptibles, la posesión inmemorial hace veces de título, porque sería una injusticia el obligar a los que la han ganado a presentar documentos que han podido extraviarse sin culpa suya con el trastorno de los tiempos. La posesión inmemorial se prueba en los mayorazgos y en los señoríos y jurisdicciones civiles y criminales de las ciudades, villas y lugares, diciendo los testigos que así lo vieron ellos por tiempo de cuarenta años, y así lo oyeron decir a sus mayores y ancianos, quienes también así lo habían visto y oído sin cosa en contrario, siendo tal la pública voz y fama y común opinión entre los vecinos y moradores de aquella tierra; ley 1, tít. 17, lib. 10, Nov. Rec., y ley 7, tít. 29 Part. 3; pero con respecto los demás asuntos dicen los autores no ser necesario ni estar admitido en la práctica el que digan los testigos que así lo oyeron a sus mayores y ancianos. Acevedo en la ley 1, tít. 7, lib. 5. En referencia a lo anterior, cabe decir que este tipo de posesión, en el Derecho Positivo, sólo se ha tenido relevancia y el tema ha sido objeto de legislación en algunas leyes agrarias, pertenecientes al denominado derecho social, al reconocerse la llamada posesión inmemorial por ciertas etnias o comunidades mal llamadas indígenas, tema que escapa a este trabajo, dirigido a instituciones de derecho privado.

4.5 Posesión equívoca

La que deja dudar si el que tiene en su poder alguna cosa la posee en su nombre o en el de otros. Estos comentarios de Escriche, son de importancia singular, puesto que se relacionan con la apariencia de quien no hay certeza de que en realidad sea poseedor, duda que puede dar lugar a que alguien, sin ser verdadero poseedor civil, incluso sin que pueda catalogársele como poseedor en sentido económico, de manera indebida obtenga

de un juez la declaratoria de que a su favor ha operado la prescripción adquisitiva.[19]

4.6 Posesión pacífica

La que se adquiere sin violencia, y también la que se tiene sin obstáculo ni interrupción. Al respecto bien pudiéramos expresar que es la posesión que adolece del vicio de la violencia. En el capítulo siguiente abordaremos este tema con detalle.[20]

4.7 Posesión viciosa

La que se tiene por fuerza o violencia o furtiva y ocultamente, o sólo a título de precario. Bajo este rubro, el jurista Escriche, autor del diccionario, engloba una serie de causas que impiden la sana y auténtica posesión que, una vez cumplido el término prescriptivo, desembocan en la declaratoria de que ha operado la usucapión.

4.8 Posesión violenta

La detentación de una cosa inmueble de cuya posesión fue violentamente arrojado o impedido para su recobro el que la tenía. Nuestro comentario, es en el sentido de que la violencia, es un vicio que tiene lugar en el momento en que se adquiere la posesión, por medios no adecuados y que impide que corra el lapso prescriptivo; también abordaremos el tema en el capítulo siguiente.[21]

4.9 Posesión pretoria

La que se da a alguno en la finca redituable de su deudor para que se haga pago de sus frutos. Comentamos que este tipo de posesión, tiene qué ver con el contrato que en la legislación actual de esta entidad guanajuatense

[19] Véase capítulo III, apartado XIV. "La posesión cierta como requisito para prescribir".
[20] Véase capítulo III, apartado X. "Posesión pacífica".
[21] *Idem*.

ya no aparece; nos referimos a la anticresis, que don Joaquín Escriche define así: "un contrato por el cual pone el deudor en poder del acreedor una cosa inmueble o raíz con la facultad de percibir sus frutos hasta que con su importe se haga pago de la deuda".[22]

4.10 Posesión pro indiviso

La que tienen dos o más personas de una cosa común, v. gr. de una casa o campo que han heredado y se mantiene sin dividir. Sin mayores comentarios diremos que se trata de la posesión que deriva de la copropiedad, o al menos tiene las notas comunes de ésta, en el entendido de que un copropietario no puede prescribir su parte alícuota en perjuicio de su otro copropietario. Así se dispone en el artículo 1240, del Código Civil para el estado de Guanajuato.

5. La posesión nace de la ocupación

Haciendo abstracción de tecnicismos jurídicos, cuando oímos la palabra posesión, lo palpable, y lo primero que se nos viene a la mente es la idea o representación mental de la tenencia del bien, es decir, la aprehensión, el señorío que el interesado tiene sobre un bien material. En este sentido Luis Muñoz considera que "poseer es, vulgarmente, tener una cosa en nuestro poder, bajo nuestra disponibilidad; ocupar una cosa o disfrutarla, sin relación alguna con el título o derecho por razón del cual poseemos".[23]

Tratándose de inmuebles, habremos de admitir que en su origen, tal tenencia nace indiscutiblemente de la ocupación, de un hecho también material, que nada tiene de elaboración cultural, como sí lo tienen los derechos. Si contrastamos la posesión y la propiedad, advertiremos que la segunda, sin discusión alguna, es un derecho, y esto es evidente, pero tal claridad no resulta cuando hablamos de la posesión. Es ilustrativa y por demás didáctica sobre este punto, las enseñanzas contenidas en el famoso diccionario de Escriche, quien enfáticamente puntualiza que la propiedad

[22] Escriche, Joaquín, *Ob. Cit.,* p. 172.
[23] Muñoz, Luis. *Derecho Civil mexicano.* Tomo II. México, Ediciones Modelo. 1971. p. 224.

es obra de la Ley Civil, puesto que el hombre primitivo, sólo defendía y conservaba las cosas de su dominio con la fuerza, hasta que otro mejor dotado se las arrebataba. "Se adquiría por la ocupación, se conservaba por la posesión y se perdía con la pérdida de la posesión." Con la aparición del derecho y particularmente con el derecho de propiedad protegido por la ley civil, se estableció un vínculo entre la persona y las cosas de su dominio. Este derecho era diverso e independiente de la posesión, "de modo que desde entonces pudo uno ser propietario sin poseer la cosa y poseerla sin ser propietario".[24]

Nosotros convenimos que en los orígenes, el nacimiento de la posesión, sin ningún género de duda, nació con el hecho mismo de la tenencia, pero al avanzar el derecho en su carácter de instrumento de civilización, ha dado ya el rango de derecho a la posesión, cuando ésta reúne los requisitos legales. Así, hablamos de derechos posesorios y le damos la consecuencia más trascendente: el que opere la prescripción y el poseedor calificado, arrebate la propiedad a quien con anterioridad tenía ese derecho real por excelencia; esto al margen de que se protege también al poseedor no propietario, otorgándole acciones como la publiciana, también llamada plenaria de posesión que lo faculta para acudir ante los tribunales, aun cuando nunca haya, de hecho, tenido el bien en su poder. D' Ors, dice que la acción publiciana, debió ser introducida en el *Edicto probablemente por el pretor Quinto Publicio*, en el año 87 a. C., pero no parece haber sido muy utilizada antes del Principado (Cicerón no habla de ella).[25]

6. Naturaleza jurídica de la posesión. ¿hecho o derecho?

La diatriba se entabla con la siguiente interrogante: ¿es la posesión un hecho o es un derecho? Existen sobre este tema, diversas opiniones, que a la postre resultan contradictorias. Luis Muñoz, apunta que la discusión arranca desde los tiempos de la época romana: Paulo afirmaba que poseer es cosa de hecho y no de derecho (*rem facti, non juris est*); en

[24] Escriche, Joaquín. *Ibídem*.

[25] *Cfr.* D' Ors. *Derecho privado romano,* 10ª ed. Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 2008, pp. 252 y ss.

cambio Papiano, sin negar que sea un hecho, entendía que tomaba mucho del concepto de derecho (*plurium ex jure possessio mutatur, quia possessio non tantum corporis sed juris est*). De igual forma observa que las opiniones doctrinarias se dividen en dos bandos extremos: "el primero encabezado por Windscheid, entiende que la posesión, vocablo derivado de la "possessio" romana y de la germánica "besitz", indica un hecho, un mero hecho; el segundo dirigido por Ihering, atribuye a la posesión una cualidad indeclinable de derecho, en virtud de que es un interés amparado jurídicamente".[26]

Con la intención de puntualizar las doctrinas antagónicas de destacados civilistas, considerados clásicos, estimamos conveniente citar las opiniones de algunos de ellos y así tenemos que:

Para Planiol y Ripert, es un "hecho, pues se dice algunas veces que la posesión es una institución jurídica. Es este un error. La posesión es un hecho como la vida humana; lo único que hay de jurídico y de institución son los medios empleados por la ley para proteger este hecho o para destruirlo. Como la vida del hombre el hecho de la posesión es generalmente protegido por la ley, pero no siempre; a veces la ley lo condena por medio de la reivindicación".[27] En cambio, para Enneccerus, Kipp y Wolf,[28] la posesión también puede significar un derecho, cuando dice que la palabra posesión se emplea por el Código Civil Alemán en tres sentidos diferentes, a saber: "1. El mismo señorío de hecho sobre la cosa…2. Todo hecho del que el ordenamiento jurídico hace derivar las consecuencias de la posesión, aunque semejante hecho no represente el señorío sobre la cosa…3. El conjunto de los derechos derivados del señorío sobre la cosa o del hecho al mismo equiparado (a que se refiere el número 2)… Por tanto, en los dos primeros sentidos, la posesión es un hecho o parte de un hecho (del que se derivan las consecuencias jurídicas). En el tercer sentido "la posesión" en un derecho subjetivo".

Desde luego que para Savigny la posesión es, además de un hecho, es un derecho. Este autor textualmente expresa: "…la posesión no es más que un simple hecho, por otra parte, es también cierto que las conse-

[26] Muñoz, Luis. *Derecho Civil...* p. 226.

[27] Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Ob. Cit.,* pp. 95 y ss.

[28] Enneccerus, Ludwing; Kipp, Theodor y Wolf, Martín. *Ob. Cit.,* p. 30 y ss.

cuencias legales le resultan desvinculadas. Así ella es, a la vez, un hecho y un derecho: por sí misma es un hecho y por sus consecuencias parece un derecho. De ahí que esta doble naturaleza sea infinitamente importante para todo aquello que concierne a esta materia".[29]

Para Ihering, en opinión de Floris Margadant, también es un derecho. Este autor expresamente dice: "En la Teoría de Ihering, la posesión es, desde luego un derecho, ya que para este autor el derecho subjetivo es el interés protegido por el derecho objetivo>. Como en la posesión coexisten estos elementos de "interés" y "protección", debe ser un derecho".[30]

Por último, consideramos, en referencia a la conocida frase de Ulpiano: "La propiedad nada tiene qué ver con la posesión", que ello se explica, si se tiene en cuenta que en opinión de algunos los autores, entre ellos Saleilles, para los romanos, al referirse a la posesión, sólo se concentraban en el hecho material, en el *animus posidendi*; que contra la opinión de Ihering, en Roma, la legislación no pudo hacer descender la posesión al rango inferior de la detentación.[31] En otras palabras la posesión era vista con una perspectiva tal, que por ser un hecho, no había porqué identificarla con el derecho de propiedad. Por tales razones, dice Saleilles, Paulo no pudo haber inventado la teoría del *animus possidendi.*[32]

7. Acciones interdictales y plenaria de posesión

Conforme a la legislación mexicana y atendiendo a casos concretos, la posesión se puede considerar como: 1) un hecho, objeto de protección jurídica 2) un derecho protegido por la ley. Es un hecho objeto de protección jurídica, en la medida en que la ley otorga acciones de las llamadas interdictales, aun cuando no se mencione su nombre ni la redacción de los preceptos que la previenen tenga la claridad que fuere de desearse. Así los artículos 149 y 1050, del Código Civil guanajuatense, preceptúan:

[29] Savigny. Párrafo inserto en Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Ob. Cit.,* p. 106.
[30] Margadant S., Guillermo F., *Ob. Cit.,* p. 235.
[31] *Cfr.* Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.,* pp. 223 y sigs.
[32] *Ibídem*.

> Art. 1049. En caso de despojo, el poseedor tiene derecho a pedir la restitución de la cosa poseída. El poseedor precario tiene el mismo derecho, aun cuando el despojo proceda del causante de la posesión.
>
> Art. 1050.- El poseedor tiene derecho de ser mantenido en su posesión, siempre que fuere perturbado de ella.
>
> El poseedor tiene derecho a ser restituido si lo requiere dentro de un año contado desde que comenzó públicamente la nueva posesión, o desde que llegó a noticia del que antes la tenía, si comenzó ocultamente.
>
> Si la posesión es de menos de un año, nadie puede ser mantenido o restituido judicialmente, sino contra aquellos cuya posesión no sea mejor.

Conviene hacer notar que cuando el precepto habla de despojo, a nuestro modo de ver, y atribuible a deficiencias en la técnica legislativa, no se refiere el precepto al delito de ese nombre, que sustancialmente está dirigido a bienes inmuebles, y a los derechos inherentes a los mismos, sino que, de una correcta intelección de los preceptos relativos y especialmente utilizando un método de interpretación analógica, debe entenderse que está orientado y protege a cualquier poseedor, aun cuando lo poseído y objeto de perturbación sea un bien mueble. Así, se podrán ejercer las acciones publiciana o plenaria de posesión y, en su caso, las interdictales de retener o recuperar la posesión, aun y cuando se trate de un bien mueble, contra otras personas respecto de las cuales se tenga mejor derecho.

Sentado lo anterior, como bien puede advertirse, los preceptos previenen diversas hipótesis, de las cuales derivan acciones para los afectados, es decir, para quienes se encuentren en el caso de los supuestos ahí descritos, acciones que les otorgan interés jurídico para acudir ante los tribunales y obtener el respeto a sus derechos posesorios; así, el poseedor que se diga perturbado, con la condición de que su posesión no sea menor de un año, tendrá acción (que debe ejercitar también dentro de un lapso de un año) contra la persona que lo privó, y tiene derecho a ser restituido, porque se entiende que ni aun aquél con mejor derecho, puede legalmente privarlo de dicha posesión, atendiendo al principio de que nadie puede

hacerse justicia por su propia mano. A esta acción, la doctrina jurídica la reconoce con el nombre de "interdicto de recuperar la posesión". Lo propio ocurre cuando alguna persona pretende arrebatar la posesión, de modo que para mantenerla, puede solicitar de la autoridad judicial que se declare que su oponente debe respetarla. A esta acción se le conoce con el nombre de "interdicto de retener la posesión".

Con independencia de lo antes expresado, es de hacer notar que los preceptos 1049 y 1050, antes transcritos, a la par protegen el derecho de posesión, ya se trate de la posesión originaria o de la posesión derivada o precaria, para utilizar el lenguaje de la ley. Ciertamente, además, los artículos insertos, que protege a todo poseedor, sirven de fundamento a quien pretenda defender, más que el hecho, el derecho a poseer, acción real que en la doctrina jurídica se conoce como acción publiciana o plenaria de posesión.

Efectivamente, aquél que cuente con un título del que derive su dominio, tendrá a su alcance la citada acción publiciana, para hacer valer ese derecho frente a quienes posean el bien de que se trate y en el correspondiente juicio que llegare a entablarse, la autoridad judicial comparará los títulos alegados y probados, para decidir cual de ellos debe prevalecer. Al respecto, el artículo 1052, de la legislación estatal que comentamos resulta orientador, cuando dice:

> Art. 1051. Es mejor que cualquiera otra, la posesión acreditada con título legítimo; a falta de este o siendo iguales los títulos, se prefiere la más antigua.

Es frecuente que en los litigios se exhiban títulos iguales, en que tenga aplicación el precepto aludido, pero hay casos en que siendo de igual naturaleza los títulos de los contendientes y de la misma fecha uno se encuentre inscrito en el Registro Público de la Propiedad y otro no, pero también se presentan situaciones en que ambos están inscritos, de modo que este precepto no agota todas las hipótesis; empero, el máximo Tribunal de la Nación lo complementa, como se advierte del criterio contenido en la tesis siguiente:

> ACCIÓN PUBLICIANA, ESTUDIO DE LOS TITULOS DE LAS PARTES EN CASO DE.
>
> La acción publiciana descansa sobre la base de que los títulos de los contendientes, si los tienen, son colorados, adolecen de vicios y no dan la propiedad; pero para que se decida cual es la posesión que debe ser protegida, los títulos deben estimarse como si se tratara de una acción reivindicatoria, es decir: cuando provienen del mismo origen, es mejor el más antiguo, si no están registrados; si uno esta registrado y el otro no, es mejor el que está registrado, y si los dos lo están, prevalece aquel cuyo registro es más antiguo. Por tanto, si el título del causante del actor y el de éste son más antiguos que el del demandado, y su registro también es anterior, aquéllos son mejores, y es también mejor la posesión del actor, por ser más antigua, si su causante empezó a poseer antes que el demandado.[33]

En relación a la acción plenaria de posesión, tenemos dos observaciones finales: la primera consiste en que quien tiene un título de propiedad, puede hacer valer, a su elección, la acción reivindicatoria o bien la plenaria de posesión, porque la primera protege la propiedad y la segunda la posesión. Esta facultad de optar que se otorga al propietario, la recepta la tesis de jurisprudencia del rubro: ACCIÓN PUBLICIANA O PLENARIA DE POSESIÓN. PUEDE SER INTENTADA TANTO POR EL PROPIETARIO COMO POR EL POSEEDOR DE LA COSA.[34]

La segunda observación estriba en que hay casos en que el actor nunca ha tenido materialmente la posesión; sin embargo su derecho pudiere ser mejor, es decir que para intentar la acción plenaria de posesión, no se requiere el hecho de haberla tenido en su poder. El criterio, al igual que en el caso anterior, fue avalado por nuestro Máximo Tribunal en la tesis del rubro y texto que se insertan:

[33] *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, Tercera Sala, tomo XCVIII, Materia Civil, p. 1299. Amparo civil directo 4167/45. Flores García Carlos. 17 de noviembre de 1948. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Carlos I. Meléndez.

[34] *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 74, febrero de 1994, Octava época, Tercera Sala. Jurisprudencia 1/94, p, 15. Contradicción de tesis 23/93. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado y Segundo Tribunal Colegiado, ambos del Segundo Circuito. 17 de enero de 1994. Cinco votos. Ponente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez.

> ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN. NO ES REQUISITO DEMOSTRAR HABER DISFRUTADO DE LA POSESIÓN MATERIAL DEL BIEN.
> Para que se declare fundada la acción publiciana deben acreditarse los siguientes elementos: a) tener justo título para poseer; b) que ese título se haya adquirido de buena fe; c) que el demandado posee el bien a que se refiere el título; y d) que es mejor el derecho del actor para poseer materialmente, que el que alegue el demandado. Por lo que el juzgador debe examinar únicamente la existencia de tales requisitos, sin que deba exigir la comprobación de que el actor tuvo la posesión material del bien, ya que, de acuerdo con las circunstancias especiales del caso, lo dejaría en estado de indefensión, a pesar de contar con los elementos anteriores, al ser improcedentes la reivindicación, por no tener el dominio de la cosa, y los interdictos posesorios que proceden, dentro de un año, cuando se ha sido despojado de la posesión material del bien, o existe perturbación en la posesión; de tal manera que la acción publiciana protege la posesión jurídica y no la material.[35]

En cuanto al poseedor derivado, podrá defender el derecho de posesión que adquirió por medio del correspondiente contrato, frente a terceros, por medio de los interdictos prevenidos en la ley y contra quien le entregó la posesión derivada, conforme a la naturaleza del convenio que haya celebrado; así podrá demandar el cumplimiento del contrato de arrendamiento, de comodato de uso, de depósito, etcétera.

8. La posesión de bienes y la posesión de derechos

En los orígenes del Derecho Romano, se permitía la posesión, no sólo de bienes corporales, como la servidumbre. Empero, a fines de la república, una *Lex Scribonia* limitó la posesión a bienes materiales, error corregido al introducir la *quasi possessio* para bienes no corporales. En otras palabras:

[35] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época. Primera Sala, Materia Civil, p. 99, jurisprudencia 13/98. Contradicción de tesis 50/95. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. 11 de febrero de 1998. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca.

para los romanos, la posesión de las cosas materiales, era una verdadera posesión; en tratándose de posesión de derechos, se estaba en presencia de una *cuasi possessio*. Bonfante, contrasta la *possessio corporis*, con la *possessio juris* o *quasi possessio.*[36]

A título de comentario adicional, diremos que en general, las legislaciones positivas tutelan y protegen la posesión de derechos no corporales; baste citar como referencia a los derechos sobre algún crédito. En tratándose de personas, se habla también, por ejemplo, de la posesión de estado de hijo;[37] empero, nuestra opinión se adhiere a la de quienes consideran, deben ser tratados estos temas desde una diversa perspectiva, sin englobarlos en los temas de posesión de bienes, puesto que se trata de derechos y valores de una categoría distinta de derechos y con notas también diversas, que dan pauta al principio de especialidad y por ello deben ser objeto de estudio en la doctrina específica de personas y resueltos los problemas ante los tribunales y normas específicas de la materia. Así, no se puede dar en arrendamiento o en comodato a un hijo o el padre ser propiedad de éste, etcétera. Es oportuno anotar que hay quienes piensan en sentido inverso, v. gr., Josserand, autor citado por Sánchez Medal de quien afirma, sostiene que el contrato es fuente ordinaria y normal de las obligaciones, que no está limitada a los bienes sino que se extiende a las personas y a la familia, pues en el orden extrapatrimonial, el matrimonio y la adopción son también contratos.[38]

9. Elementos de la posesión

A partir de las consideraciones anteriores podemos afirmar que la existencia de una auténtica posesión se necesitan dos elementos: el *corpus* y el *animus*, en el entendido de que sus características las habremos de examinar con mayor detenimiento en apartados posteriores, de modo que ahora sólo apuntamos sus elementos esenciales.

[36] Bonfante, Pietro. *Ob. Cit.,* p. 367.

[37] *Cfr.* Margadant S., Guillermo F., *Ob. Cit.,* p. 236.

[38] Sánchez Medal, Ramón. *De los contratos civiles. Teoría general del contrato,* contratos en especial, registro público de la propiedad. 23ª ed. México, Editorial Porrúa, 2008. p. 3.

De inicio, hacemos la acotación que la cuestión no es tan sencilla como pudiera parecer a primera vista, porque puede hablarse del derecho a poseer, que es un concepto distinto al de la mera posesión sin que implique que quien tiene ese derecho, materialmente la detente, máxime cuando se advierte que en la ley se previene una acción posesoria para protegerlo, aun cuando nunca, como ya se dijo, se haya tenido materialmente el bien objeto de litigio, como se sostiene en la tesis de nuestro más Alto Tribunal de la Nación, del rubro: ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN. NO ES REQUISITO DEMOSTRAR HABER DISFRUTADO DE LA POSESIÓN MATERIAL DEL BIEN.[39] Sin embargo, es difícil aseverar que se posee algún bien si no se advierte un vínculo físico entre el poseedor y éste, es decir, lo que se viene a la mente de inmediato, cuando alguien, por ejemplo dice: poseo este bien mueble, es que materialmente (puede incluso sujetarlo) lo tiene bajo su férula, que en un tiempo más o menos largo lo retiene para sí. Lo que ocurre, en el caso de protección al derecho para poseer, es que en la ley se reconocen las consecuencias jurídicas del acto que le dio génesis.

El otro elemento es el que se ha dado en llamar psicológico, es decir que se posea porque ciertamente el interesado se cree dominador. Baste con decir que si alguien tiene algún objeto bajo su dominio, pero sabe que le fue entregado momentáneamente, esa muy precaria tenencia, no engendra posesión; así la fámula que a la que se entregan los enseres para que realice labores, por ejemplo de limpieza, no será nunca poseedora de la escoba.

9.1 El *corpus*

Hemos dicho, que cuando se trata de la idea de posesión de las cosas, lo primero que nos viene a la mente es el hecho de la dominación, el poder efectivo sobre la cosa que se posee; lo que en la obra de Enneccerus, Kipp y Wolf, llaman "el señorío de hecho sobre una cosa" y que al decir del último de estos autores, es el punto de partida de la teoría de la posesión y que lo define diciendo "Señorío es lo que aparece como tal ante la conciencia común". Luego reafirma algunas de sus características, entre las que destacan las de tiempo y espacio. "La relación exige una cierta estabilidad en la

[39] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Primera Sala. Novena época. Tomo VII, marzo de 1998, p. 99. Contradicción de tesis 50/95.

relación" y es que indudablemente debe entenderse que un contacto fugaz y pasajero, no dará la idea de posesión. "El juicio del sentido popular se basa, por lo regular en…*la relación de espacio*, o sea, la conexión local entre persona y cosa".[40] Con esto, entendemos que difícilmente se concebiría a un poseedor si no estuviese en aptitud, en un momento determinado, de asirlo; pero se debe ser cauto porque en este aspecto son posibles los más variados matices, debido a la gran diversidad de objetos, que van desde los muebles que llevamos encima hasta los difícilmente movibles o los que se dejan al aire libre como los montones de leña o los rieles del ferrocarril; así mismo es posible que se tenga la posesión del contenido pero no del recipiente.

Empero esta tenencia, es la que los romanos llamaban *naturalis possessio*, en oposición a la *civilis possessio*. Sin hacer mayores distingos y al detalle, como se hace en las obras especializadas de la doctrina jurídica, diremos que la diferencia substancial entre ambas, es que la segunda, a diferencia de la primera, es la que puede producir la usucapión.

Aquí, es el caso de señalar que todos los autores convienen en que un elemento esencial de la posesión, es precisamente éste, al que los romanos llamaron *corpus*, aun cuando se expresen puntos de vista, características y se difiera en detalle; sin embargo, a nuestro entender, tales elucubraciones de orden teórico, a la postre, tienen consecuencias prácticas, según se adopte en la legislación positiva alguna de las teorías posesoria de la que luego nos ocuparemos. Finalmente, citamos a Rojina Villegas, quien dice: "en este elemento puede decirse que todas las doctrinas y todas las legislaciones están de acuerdo".[41] Así, concluimos que si bien en todas las corrientes doctrinarias se pondera la existencia de este elemento de la posesión, aunque teñido con diversos matices, es importante dejar asentado que lo mismo ocurre con el otro elemento y que en tratándose del, *corpus*, los estudiosos y autoridades del tema, siempre lo ligan al del *animus.*

9.2 *Animus dominii* o *animus rem sibi habendi*

Desde ahora, resulta por demás conveniente señalar que en la teoría de la posesión, destacan dos corrientes antagónicas (además de la ecléctica),

[40] Enneccerus, Ludwing, Kipp, Theodor y Wolf, Martín. *Ob. Cit.,* pp. 41 y ss.
[41] *Cfr.* Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.,* p. 197.

la subjetiva y la objetiva; pero todas ellas admiten que para la existencia de la posesión, el *animus* juega un papel decisivo. Sin este elemento no estaremos jamás ante una auténtica posesión. De inicio, es de advertir que las expresiones *animus dominii y animus rem sibi habendi*, se identifica con un elemento referente a la persona de quien se habla como poseedor: el de sentirse dueño, de tener la cosa para sí. Para Savigny, es un elemento psicológico, (el de subjetivamente poseer para sí), ligados *corpus* y *animus* por un nexo jurídico. También para Ihering, el *corpus*, que no queda constituido por una simple relación material, se liga en forma indisoluble con el *animus*, que se encuentra en el propósito de explotación económica que existe en la intención del poseedor (nexo económico). Finalmente, para Saleilles, prescindiendo de las justificaciones jurídicas (que interesan esencialmente a Savigny) y prescindiendo también de la intervención de la legislación, (que pondera Ihering), sostiene que la voluntad se dirige a un fenómeno de apropiación (nexo de apropiación); por ello dice que "en vista de esto, poseedor será aquel que en el mundo fenomenal externo aparezca como dueño de hecho y con el propósito de serlo de las cosas".[42] En relación con esta postura, cabe apuntar desde ahora, que en opinión de algunos tratadistas pudiera resultar contradictoria y acercarse a la teoría de Savigny.[43]

Al margen de las diferencias doctrinarias, se dice que partiendo de las ideas de los romanos, cuando se tiene la voluntad de poseer para sí, nos estamos refiriendo al *animus rem sibi habendi;* si se posee al modo del propietario, diremos que habrá *animus dominii.* No incursionamos en la discusión de si es correcto o no identificar el *animus possidendii*, con *animus rem sibi habendi,* o si se interpretan erróneamente las ideas de los romanos, puesto que dada la naturaleza de este trabajo, pretendemos únicamente señalar algunos datos indispensables para ubicar la posesión apta para prescribir.

Abundando en lo antes dicho, tenemos que tanto Savigny, quien sostiene la *teoría clásica o subjetiva*, como Ihering, autor de la *teoría objetiva*, reconocen que existen en la posesión esos dos elementos: el *corpus* y

[42] *Cfr.* Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil mexicano.* Tomo III, volumen 2, cuarta edición corregida y aumentada. México, Cárdenas Editor y Distribuidor. 1996. pp. 222 y ss.

[43] Ver *Infra*, punto X. 3.

el *animus*, pero el último de los nombrados los entiende en forma muy diferente de Savigny. Así lo anota Rojina Villegas: "El *animus* indisolublemente ligado al *corpus*, también es la forma de exteriorizar un determinado propósito de explotación económica, y este propósito constituye el *animus* en sentido muy diverso de aquel *animus dominii* a que se refiere Savigny".[44] En cierta concordancia con lo anterior, Planiol y Ripert, aseguran que según la opinión francesa dominante, el *animus* o elemento incorpóreo, es la intención del que posee, de obrar por su propia cuenta. Además, en párrafos subsecuentes, de manera categórica, se dice que "Ihering no suprimió el elemento intencional en la concepción de la posesión; sin voluntad, no hay relación posesoria".[45]

Para Sailelles,[46] quien propiamente formuló una teoría ecléctica de la posesión, de igual forma considera el elemento *animus dominii,* pero lo hace consistir en la intención o el propósito de realizar una apropiación simplemente económica de la cosa, obrando como si fuera el dueño material de la misma. Por ello define la posesión en los siguientes términos: "la posesión es la realización consciente y voluntaria de la apropiación económica de las cosas".

En este contexto, estamos en aptitud de concluir, sin hesitación alguna, que a fin de que exista verdaderamente la posesión y en particular para los fines de la usucapión, la intención juega un papel decisivo; para Savigny, consiste en la voluntad de poseer una cosa como dueño; para Ihering, es el propósito de explotación económica, derivado del interés y para Sailelles, en su postura eclécticticа, con ciertas variantes de las teorías objetiva y subjetiva, es la apropiación económica de la cosa.

Empero, cualquiera que sea la postura, es dable coincidir que el arrendador, el comodatario, al depositario judicial, cuando reciben un bien, no adquieren la posesión apta para prescribir, porque sus intenciones son la de tenerla para otro. Ortolán, autor citado por Rojina Villegas, para evidenciar la necesidad de que concurra en estos casos la conciencia de que se posee en forma originaria, hace referencia al *Intellectus Possidendi* y argumenta que por sí, el niño, el furioso o la persona dormida, no

[44] *Cfr. Ibídem*. pp. 212 y ss.
[45] Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Ob. Cit.,* p. 98.
[46] Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.,* pp. 219 y ss.

tienen la posesión de la cosa que tienen en sus manos porque no tienen la inteligencia de este hecho.[47] Nosotros, aun cuando no se llegare a compartir cabalmente la anterior postura, haríamos hincapié en que al margen del tema de la prescripción, la conciencia de saberse poseedor, es indispensable para poder calificarla de verdadera; es este un elemento para saber si se está o no en presencia de una auténtica posesión.

Pudiera argumentarse que en los casos en que el poseedor originario transmite la tenencia al derivado, materialmente no detenta el bien; empero, este argumento se destruye fácilmente, precisando que el poseedor originario, ejerce la posesión material al través del derivado, e incluso, se ha llegado a afirmar que lo importante es que se conserve la posesión jurídica.[48]

10. Corrientes doctrinarias destacadas

En los tiempos actuales, los autores que han escrito sobre el tema, sostienen que las corrientes representativas son las de Savigny, de Ihering y de Sailelles. La primera la identifican como teoría subjetiva, la segunda como objetiva y la tercera como ecléctica. Así, Rojina Villegas califica a estos autores como los campeones en el tema de la posesión.[49]

Cabe advertir, que existe un gran número de tratadistas, que han escrito sobre la posesión y ponderado argumentos personales, tendentes a justificar la protección posesoria por diversas razones. Destacan entre ellos: Puchta, Rudorff, Thibaut, Röder, Gans, Bruns, Arhens, Sthahl y Lehrn, mencionados por Ihering y por Adolfo Posada traductor de su obra: *La posesión*.[50]

Es el mismo Ihering, quien realiza una clasificación de estas teorías distinguiendo entre las relativas y las absolutas. Se trata de reencontrar una justificación para proteger la posesión, así se trate de la adquirida por actos ilícitos, como el hurto o el despojo o la usurpación, término

[47] *Ibídem,* pp. 191 y 192.

[48] Ver punto II, de este capítulo.

[49] Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.,* p. 188.

[50] Von Ihering, Rudolf. *La posesión.* México, Publicación del Tribunal Superior del Distrito Federal, 2003, pp. 29 a 34.

gramatical que utilizan algunos autores para dar esta idea de ilicitud. Pero dejemos que el propio Ihering, exprese las notas de las teorías relativas y absolutas:

> Las teorías relativas de la posesión, investigan el fundamento de su protección, no en la posesión misma, sino en consideraciones, instituciones y preceptos jurídicos extraños a ella; no es protegida sino para dar a otros la plenitud de su derecho; por sí misma la posesión no puede concebirse.
>
> Las teorías absolutas, por el contrario, tratan de concebir la posesión considerándola en sí misma y por ella misma; la posesión no debe su protección y su importancia a consideraciones y puntos de vista que le sean extraños, sino que por sí misma es por lo que pretende ser reconocida jurídicamente y el derecho no puede negarle este reconocimiento.[51]

En lo que concierne a las teorías relativas, las clasifica en cuatro grandes bloques, motivo por el cual afirma que la protección a la posesión no tiene su fundamento en sí misma, sino en: 1) En la interdicción de la violencia y la subdivide en dos: a) La perturbación posesoria es un delito (Savigny) y b) Es un atentado contra la comunidad, contra el orden jurídico (Rudorff). 2) En el gran principio de derecho, según el cual nadie puede vencer jurídicamente a otro, si no tiene motivos preponderantes en que fundar su prerrogativa (Thibaut). 3) En la prerrogativa de la probidad (Röder). 4) En la propiedad, la posesión es protegida. Este bloque lo subdivide en a) Como propiedad probable o posible (opinión antigua). b) Propiedad que empieza (Gans). 5) como complemento necesario de la protección de la propiedad (Ihering), quien dice: "tal es mi opinión".[52]

10.1 Teorías subjetivas

Según hemos aseverado, es el jurista Savigny, el autor de esta teoría. De inicio, diremos que quien la bautizó, por así decirlo, con el nombre de teoría

[51] *Cfr. Ibídem*, p. 30.
[52] *Cfr. Ibídem*, pp. 32 a 34.

subjetiva o teoría de la voluntad, fue Ihering, quien en contraste, dio a la suya el nombre de teoría objetiva.[53]

En cuanto al *corpus*, hemos expresado, que para la existencia de la posesión es éste el inicial elemento, que calificamos de indispensable. De este modo es al relacionarlo con el otro elemento, el *animus*, lo que hace divergir las posturas de Savigny, de Ihering y de Sailelles.

Ihering critica a Savigny, en el sentido de que no es su doctrina y explicaciones, el reflejo real de las concepciones de los romanos. Da a este autor el gran mérito de haber entendido el que deba protegerse la posesión a pesar de que no se haya adquirido por medios lícitos, pues nadie puede hacerse justicia por propia mano y concluye en que su doctrina se apoya en justificaciones de orden moral; así es como se entiende que para que opere la prescripción es necesario contar con justo título, es decir, que se haya adquirido mediante un acto jurídico apto para ello; esto es, por medio de un acto traslativo de dominio. En este contexto, es como indiscutiblemente la voluntad juega un papel preponderante. El *animus dominii*, siempre estará presente, porque quien posee, lo hace con el ánimo de retener para sí la cosa.

Dice Savigny, que salvo excepciones, no existe ningún caso de posesión donde no se implique el *animus dominii* o el *animus rem sibi habendi*. Existen infinidad de casos de detentación porque hay *corpus*; pero no son casos de auténtica posesión porque no hay *animus;* tal es la situación del arrendatario, del depositario, etc. Aquí es conveniente aclarar que para este autor, a quien ahora el Código Civil guanajuatense llama poseedor derivado, no le consideraba auténtico poseedor y en tal contexto afirma que en el momento en que una causa jurídica da nacimiento al *animus*, porque cambie el título de la posesión, nace la posesión misma; el arrendatario que adquiere el inmueble que ocupa se convierte, *ipso facto*, en poseedor. Rojina Villegas, expresa que para Savigny, la existencia del *animus* no implica una situación arbitraria, sino es la voluntad legal la que debe tomarse en cuenta y todo cambio de animus supone cambio de título.[54]

De especial importancia resulta ésta última nota pues de ella se desprende el fundamento de la doctrina de Savigny, que no es otro que un

[53] *Cfr. Ibídem*, p. 268.
[54] *Ibídem*, pp. 201 y 202.

fundamento moral y que, según referiremos en apartados siguientes, tiene repercusiones prácticas, según se adopte en la legislación, la doctrina jurídica de algún tratadista.

Aquí es conveniente advertir que nuestros Códigos de 1870 y de 1884, en sus artículos 923 (el primero) y 822 y 825 (el segundo) respectivamente reconocen únicamente como poseedor en derecho, a quien posee en nombre propio; aquel que posee en nombre ajeno no es poseedor en derecho. Esto obedece a que en estas pretéritas legislaciones, se adoptaron las ideas de Savigny. Si quien es poseedor tiene la imperiosa necesidad de fundar tal posesión en un título jurídico que la justifique moralmente, lo que en nuestra legislación guanajuatense actual se conoce como posesión derivada, en realidad y en pureza, no entraña, una auténtica posesión, puesto que se tiene el bien reconociendo a otro como dueño.

Como corolario de lo hasta aquí expresado, tenemos que para Ihering, a esta doctrina habrá de dársele el nombre de subjetiva, porque a la interrogante: ¿de qué depende que haya posesión o tenencia? Savigny responde que depende de la *voluntad* del que tiene la cosa.[55]

10.2 Teorías objetivas

Como hemos dicho, fue el propio Ihering quien otorgó a su teoría el nombre de objetiva. Para este autor, la posesión es un estado de hecho que da a la persona una posibilidad física, actual, inmediata y exclusiva de ejercer actos materiales de aprovechamiento, con el ánimo de dueño.

Es a través del *corpus* que se manifiesta la relación o estado de hecho, por medio de actos materiales que demuestran en poder físico del tenedor sobre la cosa y que, como la posesión juega un papel económico para la sociedad, al igual que la propiedad, cuando se retiene el bien para sí, habrá de hablarse de la posesión en sentido económico.

Efectivamente, el fundamento de la necesidad de proteger la posesión, Ihering lo encuentra en la necesidad económica. Así, expresamente lo señala en el párrafo de su obra que en seguida trascribimos:

[55] *Cfr.* Von Ihering, Rudolf. *Ob. Cit.,* p. 276.

> A esta necesidad de proteger la posesión, fundada en el carácter ético de la voluntad, se opone otra teoría con la necesidad económica de la posesión. La posesión es tan económicamente necesaria como la propiedad; ambas no son sino formas jurídicas bajo las cuales se realiza el destino económico de las cosas para satisfacer las necesidades de la humanidad.[56]

De lo hasta aquí narrado, concluimos que este fundamento diverso al de Savigny hace que entre ambas teorías se abra una distancia abisal, que además tienen consecuencias prácticas también diversas, según se recepte en el Derecho Positivo alguna de ellas. Para los subjetivistas, no podrá existir una sentencia que declare la prescripción si no se demuestra un acto traslativo de dominio, suficiente que asegure que el poseedor cuenta con un título (aunque sea putativo) apto para tenerlo como poseedor civil. Para los quienes se apoyen en la diversa doctrina, nada importa la existencia de un título de esa naturaleza; es suficiente que demuestren haber poseído y haberse comportado como propietarios en sentido económico en forma ininterrumpida durante el lapso señalado por la ley, para que se actualice la usucapión. De esta suerte, nada importa que se hubiere entrado a poseer, incluso por un acto ilícito. Es un fundamento económico el de esta doctrina.

En este lugar, por la relevancia que tiene para nuestro tema, es de destacarse que la legislación que adopte esta doctrina, debe ser congruente, es decir que en su articulado no incluya preceptos donde se proscriba la procedencia de la usucapión a los usurpadores ni que ésta se haya adquirido por violencia. Sin embargo y desde otro aspecto (el procesal) esta circunstancia no debe eximir a quien ejercite la acción de prescripción positiva, de revelar y probar el motivo o causa de su posesión. Lo contrario impediría al juzgador conocer si se trata de un poseedor civil, puesto que quien se comporta como dueño en sentido económico, no puede ser un poseedor derivado o un simple detentador; además, de no hacerlo, al no conocerse la fecha del título, se ignoraría la data a partir de la cual debe computarse el término prescriptivo y se dejaría en indefensión a la parte demandada con violación evidente al principio de seguridad jurídica, ahora incluido en el catálogo de derechos humanos.

[56] *Cfr. Ibídem*, p. 34.

10.3 Teoría ecléctica

De conformidad con lo que ya hemos apuntado la llamada teoría ecléctica, está representada y proviene de la ideas de Saleilles.

De inicio se aparta de las concepciones de las teorías subjetiva y objetiva en cuanto al *corpus.* Rafael Rojina Villegas, quien transcribe diversos párrafos de la obra de Saleilles, apunta las diferencias que existen entre las distintas doctrinas; así, afirma que mientras el *corpus*, para Savigny consiste en la posibilidad física, actual y exclusiva de aprehensión inmediata de una cosa con exclusión de terceros, para Sailelles, se trata de un conjunto de hechos que demuestran un estado permanente de apropiación económica. Para éste, es un fenómeno de apropiación económica de una riqueza; para aquél la apropiación debe ser jurídica; no basta la económica, porque aún no existe el *animus dominii* que es un grado más de la apropiación económica, para convertirla en jurídica. Se aparta también de Ihering, porque considera que no es el simple hecho de explotación económica el que constituye el *corpus*. De acuerdo con Sailelles, el simple explotador de un cierto bien, no es aun poseedor, porque puede no haberse apropiado desde el punto de vista de aquél bien.[57]

En cuanto al animus, Saleilles dice que debe abandonarse definitivamente la teoría del *animus dominii* y reconocerse como punto de partida la teoría de Ihering, en el sentido de que el *animus*, debe consistir en el propósito de apropiación de la cosa, obrando como si fuera dueño material de la misma. Dicha voluntad debe recaer no en el sentido en que lo entienden Ihering y Savigny, sino en un fenómeno de apropiación que no implica necesariamente el derecho de propiedad y por esto agrega: "En vista de esto, el poseedor será aquel que en el mundo fenomenal externo, aparezca como dueño de hecho y con propósito de serlo de la cosa".[58]

Conviene advertir que Rafael Rojina Villegas, específicamente sobre esta teoría y específicamente sobre este punto del *animus domini*, considera que existe una cierta contradicción, en los dos párrafos que en seguida insertamos:

[57] Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.,* pp. 220 y 221.

[58] Transcripción en la obra de Rojina Villega, Rafael. *Ob. Cit.,* p. 223.

> No obstante que Saleilles en esta primera parte caracteriza el corpus posesorio desde punto de vista exclusivamente económico, por la idea de apropiación de la cosa, en párrafos posteriores se acerca a la idea de Savigny y nos presenta a un poseedor dotado de animus dominii. En nuestro concepto, hay en esto una cierta contradicción en la teoría de Saleilles.
>
> En estos párrafos afirma que el poseedor debe revelarse como dueño; que debe tener la intención de tal; que si no tiene esa intención no es poseedor; y ya la diferencia que trató de formular entre la apropiación económica y la jurídica, parece borrarse.

Al limitarnos a expresar la ideas representativas de Sailelles, quien en forma categórica dice de debe partirse, para estos estudios sobre la posesión de las concepciones de Ihering y, entendemos hace suyo el fundamento económico, matizado con las ideas de apropiación, sólo resta destacar, que la diferencia notoria con el último de los autores nombrados, se resume en hacer notorio el fenómeno de apropiación, como antes dijimos.

11. Definiciones aportadas por la doctrina jurídica

En este apartado nos limitamos a transcribir las que han formulado los diversos autores para, en detalle, desglosarlas en párrafos posteriores, cuando tratemos sus diversos elementos.

J. Bonnecase

"La posesión es un hecho jurídico consistente en el dominio ejercido sobre una cosa mueble o inmueble que se traduce por (en) actos materiales de uso, de disfrute o de transformación, realizados con la intención de comportarse como propietario de la cosa o como titular de otro derecho real. Es esencial advertir que para la existencia de la posesión, es indiferente que

en la realidad jurídica sea el titular de un derecho de propiedad o de cualquier otro derecho, quien realice tales actos".[59]

Rojina Villegas

"La posesión es un poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva para su aprovechamiento total o parcial, o para su custodia, como consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal, o de una situación contraria a derecho".[60]

Lafaille

Para este tratadista[61] "Posesión es el poder o señorío que el hombre ejerce de una manera efectiva e independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente poder que jurídicamente se protege, con prescindencia de la cuestión de saber si corresponde o no la existencia de un derecho". Este mismo autor, a su vez transcribe las fórmulas, como él las llama, de varios autores, entre ellos Coviello, Monitor, Savigny y Windscheid, fórmulas o definiciones que a nuestra vez, en seguida insertamos:

Coviello

"Posesión es... una relación de la persona con la cosa, en la cual se revela la intención de ejercer un derecho, relación que es tutelada por la ley, prescindiendo de la idea misma del derecho".

Monitor

"Posesión… Es el poder que la voluntad del ser personal y libre ejerce sobre las cosas del mundo exterior, comunicándoles el sello de su inviolabilidad".

[59] Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo I, 2ª. Reimpresión. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998, p. 635.
[60] Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.,* p. 260.
[61] Lafaille. Citado por Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.,* p.

Savigny

No la define en realidad, pero observa que todos los autores en sus distintas fórmulas, "admiten que se está en posesión de una cosa, cuando se tiene la posibilidad, no sólo de disponer de ella físicamente, sino también de defenderla contra toda acción extraña".

Windscheid

Por último el autor cita la concepción de Windscheid y dice que para este autor, "poseer una cosa, quiere decir, tenerla de hecho en su propio poder".

Escriche

En su muy conocido diccionario, en relación al tema que nos ocupa expresa: "POSEEDOR el que tiene en su poder alguna cosa. Poseedor se opone a propietario; porque el poseedor de alguna cosa, hablando con rigor no es propietario, ni el que tiene la propiedad de un fundo se dice poseedor. Llámese pues poseedor el que tiene una cosa como propietario, sin serlo realmente, sepa o ignore que la cosa pertenece a otro. Todo poseedor es de buena fe o de mala fe".

Por otra parte dice que por posesión se toma frecuentemente por la misma cosa poseída; y así del que tiene muchos bienes raíces, se dice que tiene muchas posesiones.[62]

Ambroise Colín y Henry Capitant

La definen así "La posesión es una relación de hecho entre una cosa y una persona, en virtud de la cual esta persona puede realizar sobre la cosa actos materiales de uso y de transformación, con la voluntad de someterla al ejercicio del derecho real al que estos normalmente correspondan". Luego

[62] Escriche, Joaquín. *Ob. Cit.,* pp. 1359 y 1360.

añaden: En suma, lo que se posee no es tanto una cosa, como el derecho real sobre es cosa. Poseer, es ejercitar un derecho, nos pertenezca o no.[63]

12. Definición legal

La encontramos ubicada en el artículo 1037, del Código Civil del estado de Guanajuato, del tenor literal siguiente:

> Art. 1037. La posesión es el poder que se ejerce sobre una cosa mediante actos que corresponden al ejercicio de la propiedad. La posesión de un derecho consiste en gozar de él.

13. Protección a la posesión a través del amparo y su evolución

De inicio, es indispensable recordar que en el sistema jurídico mexicano, el medio extraordinario[64] para proteger la posesión, cuando la perturbación proviene de un acto de autoridad es el juicio de amparo. Por ello, iniciamos con la intención de precisar los conceptos que resultan ser presupuesto indispensable para abordar convenientemente el tema.

Cuando utilizamos la expresión "proveniente de un acto de autoridad", no necesariamente nos estamos refiriendo a que se pretenda que el acto privativo de la posesión, sea en provecho de quien la ordena, o sea en beneficio de la propia autoridad, porque en tales casos se estaría en presencia de actos jurídicos de distinta naturaleza, como el caso típico de expropiación, que si bien son atacables en amparo, la materia que regiría al juicio de garantías sería del orden administrativo, no de la materia civil.

[63] Colin, Ambroise y Capitant, Henry. *Ob. Cit.,* p. 626.

[64] Empleamos la expresión *medio extraordinario* porque los códigos civiles, generalmente contemplan ciertos mecanismos (*ordinarios*) para obtener la reparación del derecho de audiencia violado, como bien pueden ser la llamada *tercería excluyente de dominio*, que es un juicio autónomo, donde se llama a las partes involucradas en el diverso litigio natural donde figuran el actor (*primus*) y el demandado (*secundus*) como partes, y el promovente de este nuevo juicio (*tercius*), de ahí el nombre de *juicio de tercería*.

Lo que ocurre en la generalidad de los supuestos y en la mayoría de los casos de la materia civil que son a los que nos referimos y específicamente pretendemos explicar, es que se quiere trasladar esa posesión perturbada, por orden de autoridad, genéricamente de carácter jurisdiccional, a otro particular, pero cuando no se ha demandado al interesado, ni se la ha respetado su derecho fundamental, que puede ser de legalidad o de audiencia, se recurre al juez de Distrito, en vía de amparo indirecto y el juzgador federal, quien actúa como órgano de control constitucional, al dictar un fallo protector, hace que el agraviado logre que en un juicio ordinario, donde se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, se le dé oportunidad de defender el bien y su privación ocurra sólo si es vencido en juicio, esto si existe motivo por el cual deba ser emplazado para defender sus derechos que engloban la posesión. Sin embargo, ocurre en otros supuestos, que no existe causa ni justificación jurídica para oírlo y vencerlo en juicio, sino que indebidamente se ordenó privarlo de la posesión de algún o de algunos de sus bienes, insistimos, sin razón alguna o motivo por el cual se le involucre en un litigio donde no tiene legitimación alguna para intervenir. Entonces se dice que se trata de un verdadero extraño a juicio. En tal hipótesis, el derecho fundamental violado o vulnerado será al que antes de las reformas constitucionales del año de 2011, se designaba coloquialmente con el nombre de "garantía de legalidad" y el efecto del amparo concedido se traducía en que simplemente se respetasen sus bienes y en dejar sin efecto todos los proveídos y gravámenes, si se hubieren impuesto, que sobre tales bienes hubieren recaído.[65]

En este contexto, cuando el interesado tiene noticia de que, por ejemplo, un juez del orden común ha dictado un mandamiento donde ordena se entregue determinado bien a otra persona y él como poseedor que no ha sido oído, ni vencido en juicio, en términos de los artículos 14 y 16 constitucionales, promueve un juicio de amparo; para fines de nuestro estudio, ante un juez de distrito especializado; ello, claro está en los lugares donde existe la especialización.

[65] En un alto porcentaje, se acude en demanda de amparo por *terceros extraños a juicio*, cuando les son embargados bienes en cumplimiento a lo ordenado en el *auto de excequendo*; se dice entonces, en esos casos, que el actuario o quien fuere el encargado de practicarla, desobedeció al juez, porque se le ordenó embargar bienes o derechos propiedad del demandado; empero secuestró bienes de otro, consumando así la ilegalidad de su embargo, con violación al precepto 16 constitucional.

Ahora bien, el requisito más importante que debe cubrir quien acuda a los tribunales de control constitucional en semejante situación, es acreditar su interés jurídico, que no es otra cosa sino lo que en la doctrina jurídica se conoce como legitimación en la causa, es decir, que sea un auténtico poseedor y que así lo demuestre, concepto que se explica en la tesis que se transcribe:

> LEGITIMACIÓN *AD CAUSAM*. CONCEPTO. La legitimación "ad causam" es una condición para el ejercicio de la acción que implica la necesidad de que la demanda sea presentada por quien tenga la titularidad de derecho que se cuestione; esto es, que la acción sea entablada por aquella persona que la ley considera como particularmente idónea para estimular en el caso concreto la función jurisdiccional.[66]

En tal orden de ideas, si bien el concepto de interés jurídico no ha variado, las exigencias de los tribunales de la federación para tener por demostrado los extremos que lo conforman, tratándose de la posesión, sí han mutado en el transcurso del tiempo, tal como se desprende de los criterios sustentados por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de las publicaciones consultables desde el año de 1917, en que arrancó la 5ª época del *Semanario Judicial de la Federación*, criterios a los cuales nos referiremos, citando sólo a los más representativos.

Tal vez, la más antigua y sobresaliente de las jurisprudencias, sea la sustentada por la extinta Tercera Sala del más Alto Tribunal de la Nación la cual es del rubro y texto siguientes: "POSESIÓN. Demostrado el hecho de la posesión, ésta debe ser respetada en acatamiento del artículo 14 constitucional, sin que los Jueces Federales tengan facultades para decidir si esa posesión es buena o mala".[67]

A primera vista parecería que la jurisprudencia aludiera a que se consideraba poseedor quien acreditara el hecho de la detentación, es decir que fuera suficiente la simple tenencia material de la cosa para que se tuviera

[66] *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Volumen 69, Séptima época, Cuarta parte, Materia Civil, p. 42.

[67] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Quinta época, tomo LXVIII. p. 2560. La tesis aparece publicada también con el número de jurisprudencia 213 en el apéndice al *Semanario Judicial de la Federación*, fallos 1917-1975. p. 624.

acceso a la protección constitucional; empero, consideramos que no es así, pues el criterio expresamente refiere: "probado el hecho de la posesión", es decir no precisa cuales son los elementos que conforman el hecho de la posesión, pero consideramos que debe acudirse, para ello, a la postura generalizada que en esa quinta poca se sostenía, concretamente a las tesis de los rubros "POSESIÓN, EXISTENCIA DE LA."[68] "POSESIÓN PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO, TÉRMINO DE LA."[69] y "POSESIÓN"[70] de donde se desprende con toda claridad, que además de la mera detentación material se requería que se acreditara la postura que guardaba el quejoso frente a esa tenencia; esto es, que confluyera el animus possidendi, pues de otra manera se entendía que se trataba de un mero tenedor, sin un interés bastante para obtener la tutela federal.

Aquí debemos precisar, que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, distinguió entre la protección al poseedor –civil– y la del poseedor derivado y si bien se consideró que tanto la posesión civil, como la derivada eran susceptibles de tutelarse mediante el juicio de garantías, lo cierto es que en el segundo caso, lo protegido era el derecho a poseer y no propiamente la posesión en sí, pues de otra manera no resultaría entendible por qué un arrendatario podría ser protegido frente al desalojo arbitrario del propietario del bien –quien sin duda es un poseedor civil–. En relación con lo anterior pueden consultarse las siguientes tesis del Alto Tribunal: La del rubro sugestivo de: "POSESIÓN, PROTECCIÓN DE LA, AUNQUE NO SEA A TÍTULO DE DUEÑO",[71] así como las siguientes:

> POSESIÓN PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. Para que quien se dice poseedor pueda alcanzar la protección constitucional, no es bastante que pruebe la tenencia de la cosa, como hecho material, sino que se requiere además, la prueba de la posesión, bien sea por derecho propio o por algún otro título.[72]

[68] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Quinta época. tomo XLVII, p. 151.
[69] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Quinta época. tomo XLVI, p. 6090.
[70] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Quinta época. tomo XXXV, p. 1579.
[71] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Quinta época. Tomo LXIX, p. 5153.
[72] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Quinta época. Tomo LIII, p. 2541. La tesis proviene del Amparo civil en revisión 6524/36. Luna Delfino. 2 de septiembre de 1937. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

POSESIÓN, EXISTENCIA DE LA. El poseedor debe acreditar las condiciones de tal, para poder obtener la protección federal, porque el fenómeno jurídico de la posesión a que se refiere el artículo 14 constitucional, no puede ser otro que el que consignan los Códigos Civiles de las diversas Entidades Federativas, los cuales fijan y señalan las condiciones que debe reunir quien se titula poseedor de un bien, y que establece una diferencia substancial entre el simple tenedor de una cosa y el poseedor jurídico, ya que éste ha de reunir las condiciones que el concepto clásico de la posesión establece, que es el ánimo de poseer a título de dueño.[73]

POSESIÓN PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO, TERMINO DE LA. No es verdad que los artículos 14 y 16 constitucionales, justifiquen precisamente la posesión de veinte años, sino simplemente la posesión actual a título de dueño, por lo que si una persona comprueba poseer con ánimo de adquirir, en el momento en que se trata de despojarla de esa posesión, esto es suficiente para concederle la protección constitucional, independientemente de que su posesión sea, o no, de veinte años.[74]

POSESIÓN. La Suprema Corte de Justicia, ha estimado que para la protección constitucional, basta que el quejoso pruebe la posesión, sin que sea necesario definir en el amparo, si es de buena o mala fe; pero, en todo caso, ha exigido que esa posesión sea a título de dominio, es decir, que exista el animus possidendi, por parte de quien la disfruta, porque sólo así puede justificar la existencia del perjuicio para el quejoso, y la violación de garantías individuales que con la privación de la posesión se le causa.[75]

[73] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Quinta época. Tomo XLVII, p. 151. La tesis proviene del Amparo civil en revisión 2805/35. Skidmore, Carlos H. 7 de enero de 1936. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

[74] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Quinta época. Tomo XLVI, p. 6090. La tesis proviene del Amparo civil en revisión 1265/34. Rodríguez, Paulino. 12 de diciembre de 1935. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

[75] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Quinta época. Tomo XXXV, p. 1579. La tesis proviene del Amparo civil en revisión 927/27. Ocotl, Florencio. 25 de julio de 1932. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Sin embargo, el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, en términos más estrictos, exige ahora, conforme a criterios relativamente resientes, que cuando acude al juicio de amparo indirecto una persona como extraña al juicio civil, es necesaria la existencia de un título que constituya la causa generadora de su posesión, sustentado en alguna figura jurídica o precepto legal que produzca el derecho a poseer, de manera que el promovente tenga una base objetiva, que fundada y razonablemente produzca la convicción de que tiene derecho a defender la posesión del bien que reclama y en tratándose de la prueba documental, debe exhibir uno de fecha cierta.

Corolario de lo anterior, se puede advertir, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siempre ha protegido la posesión y no mera detentación; sin embargo, ahora es más exigente en la prueba, pues cuando en el pasado bastaba con que se acreditara la tenencia material de la cosa, siempre y cuando se tratase de una posesión originaria, es indispensable ahora, contar con título apto para justificar su estado de poseedor, y de exhibirse algún documento, éste debe ser de fecha cierta, que aun cuestionado revele la causa generadora de la posesión. En relación a lo antes dicho, es indispensable insertar la letra de estos criterios:

> POSESIÓN. PARA QUE SEA OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CUANDO EL QUEJOSO SE OSTENTA COMO PERSONA EXTRAÑA AL JUICIO DEL ORDEN CIVIL, DEBE ACREDITAR SU DERECHO A POSEER CON UN TÍTULO SUSTENTADO EN ALGUNA FIGURA JURÍDICA O PRECEPTO DE LAS LEGISLACIONES SECUNDARIAS RELATIVAS. En virtud de que de los antecedentes y reformas al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se desprende la existencia de datos o elementos que puedan servir para determinar qué tipo de posesión es la que debe protegerse mediante el juicio de amparo, esto es, si se trata de aquella que se funda en un título sustentado en una figura jurídica prevista en la ley que genere el derecho a poseer o si es la simple tenencia material de las cosas, independientemente de que se tenga o no derecho de posesión sobre éstas, es indudable que se debe recurrir al estudio e interpretación de las disposiciones legales que han regulado y regulan esa institución, y de las que colateralmente

se relacionan con ellas, así como atender de manera especial a los graves problemas y consecuencias que en la práctica presenta el no exigir título alguno, por lo que la posesión protegida por la citada disposición constitucional no es otra que la definida por el derecho común. Sin embargo, aun cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 790 del Código Civil para el Distrito Federal (similar al de todas las legislaciones civiles locales del país), es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, debe entenderse que tal poder no constituye un hecho con consecuencias jurídicas, sino más bien la manifestación del derecho que se tiene para poseer un bien determinado, que debe tener origen en alguna de las figuras contempladas en las legislaciones relativas; por tanto, para que la posesión sea objeto de protección a través del juicio de amparo indirecto, cuando el quejoso se ostenta como persona extraña al juicio civil, es necesaria la existencia de un título que se sustente en alguna figura jurídica o precepto legal que genere el derecho a poseer, de manera que el promovente tenga una base objetiva, que fundada y razonablemente produzca la convicción de que tiene derecho a poseer el bien de que se trate, entendiéndose por título la causa generadora de esa posesión. No obstante lo anterior, las decisiones del órgano de control de constitucionalidad sobre la eficacia del título, tienen efectos exclusivos en el juicio de garantías, sin decidir sobre el derecho sustantivo, esto es, respecto del derecho a la posesión del bien relativo, ya que estas cuestiones deberán ser dilucidadas ante la potestad común.[76]

INTERÉS JURÍDICO, EL CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES EN EL QUE FALLECE UNA DE LAS PARTES ANTES DE QUE SE HAYA VERIFICADO EL ACTO RECLAMADO CONSTITUYE PRUEBA SUFICIENTE PARA ACREDITARLO. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia número 1a./J.46/99 determinó que el contrato privado de compraventa de inmueble, no objetado, que cuenta con fecha cierta goza de plena eficacia probatoria y que una de las formas en que un documento

[76] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Pleno. Novena época. Tomo XV, p. 5. Contradicción de tesis 17/91.

> adquiere fecha cierta es mediante el fallecimiento de uno de sus firmantes. Por tanto, un contrato como el referido, en el que una de las partes muere antes de que tenga verificativo el acto reclamado, constituye una prueba suficiente para acreditar el interés jurídico en el juicio de garantías. Lo anterior obedece a que si bien la constancia de la compraventa contenida en una escritura pública y su inscripción en el Registro Público de la Propiedad constituyen un medio de prueba idónea para acreditar el dominio adquirido sobre el inmueble en cuestión; sin embargo, en el juicio de amparo no se resuelve en definitiva el derecho de propiedad, sino tan sólo de manera presuntiva para efectos de determinar si el acto reclamado irrumpió de manera inconstitucional en la esfera jurídica del quejoso.[77]

14. La protección posesoria a la luz de las reformas constitucionales de 2011

Antes de entrar en materia, es necesario puntualizar que con motivo de las adiciones y reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* de 6 de junio de 2011, se abre un parte aguas, es decir que desde su entrada en vigor el 4 de octubre de ese mismo año, se modifican los principios que rigen el juicio constitucional y se inaugura la Décima época del *Semanario Judicial de la Federación*, interpretando los conceptos y alcances del propio juicio de amparo que sufre una reestructura.

Por ello, apuntamos, en los aspectos útiles para nuestro trabajo, que en la nueva época, se suma al concepto de interés jurídico, los de interés legítimo y de interés colectivo; además, ahora procederá el juicio de garantías, en algunos casos y bajo ciertas condiciones, contra actos de particulares; en el entendido de que a la fecha en que esto se escribe no existe una definición legal de lo que deba entenderse por interés legítimo, concepto que no se consigna en la nueva ley de amparo.[78] De lo que sí

[77] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Primera Sala, Novena época, tomo XVIII, p. 122. Contradicción de tesis 103/98-PS.

[78] La nueva Ley de Amparo apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 2 de abril de 2013.

podemos hacernos eco, es en las intelecciones que sobre el particular el Máximo tribunal de la Federación ha dado en sus criterios publicados de estos conceptos aun para otras legislaciones como las del contencioso administrativo, aunque no de manera contundente, e incluso, estamos en aptitud de asegurar que es un concepto en vías de construcción.

Todo lo hasta ahora expuesto y aun cuando la letra del precepto constitucional reformado expresa que los nuevos conceptos introducidos para el juicio de amparo referentes a los amparos en materia jurisdiccional no resultan aplicables, debe estarse atento a los criterios que sobrevengan y, por lo pronto, es conveniente hacer una breve exposición en torno a estos conceptos de interés legítimo, interés colectivo, derecho subjetivo e interés simple, comparándolos con el de interés jurídico. En efecto, las reformas constitucionales al artículo 107 de la Ley Fundamental, de 6 de junio de 2011, inciden particularmente en dos aspectos torales: 1) el juicio de amparo procederá también en contra de actos de los particulares y 2) se introduce la procedencia del Amparo para quienes cuenten sólo con legitimación, individual o colectiva, circunstancia que acarrea nuevos cuestionamientos aún pendientes de resolver, como antes afirmamos.

Así se desprende del análisis comparativo entre la letra del texto anterior a las reformas al artículo 107 constitucional, en su parte conducente:

TEXTO ANTERIOR	TEXTO VIGENTE (2011)
Art. 107.- Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes I.- El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada	Art. 107.- Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: I.- El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa;

En lo relativo a la Ley de Amparo, conviene tener en cuenta la letra del precepto que

TEXTO ANTERIOR	TEXTO VIGENTE (2013)
Art. 5.- Son partes en el juicio de amparo: I. El agraviado o agraviados	Art. 5.- Son partes en el juicio de amparo: I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.

El panorama que se ha querido describir de los paradigmas que animan las nuevas concepciones jurídicas en la materia y aspecto concreto que tratamos, obligan a precisar y comparar seis conceptos esenciales para la intelección de los temas; a saber: 1) el de interés 2) el de interés simple 3) el de interés colectivo 4) el de interés legítimo 5) el de derecho subjetivo 6) el de interés jurídico.

14.1 Concepto de interés

Don Antonio Carrillo Flores, en su obra *Justicia administrativa*, para explicar el concepto, recurre a diversos autores y de ellos, en frases llenas de contenido, sintetiza los conceptos sustanciales pocas palabras con y una claridad excepcional, plasma las ideas que transmite. Por tal motivo nos guiamos de lo escrito por él, para puntualizar los conceptos que nos ocupan. Así, recuerda que Kelsen dejó en claro que el concepto de interés no es jurídico y que para Carnelutti, es la noción fundamental para el estudio del derecho. Este autor, textualmente expresa: "Interés no significa un juicio, sino una posición del hombre, o más exactamente: la posición favorable a una necesidad". La posesión del alimento o del dinero es ante todo un interés, porque quien posee uno u otro está en condiciones de satisfacer su hambre. Explica luego que el sujeto de la necesidad es el hombre y el medio para la satisfacción de las necesidades humanas son los bienes, de donde resulta que el objeto del interés es precisamente el bien.[79]

Carrillo Flores, sigue diciendo que el interés se apoya siempre en situaciones reales, en hechos, que pueden o no estar sujetos a regulación jurídica, por ello sería erróneo pretender que se trate de un concepto elaborado con datos jurídicos e inclusive hay intereses contrarios al derecho, (por ello, afirma, tiene razón Kelsen, cuando dice que el concepto no es jurídico); sin embargo, como la materia toda del derecho lo constituyen los conflictos de intereses entre los hombres; como el derecho no se ocupa de otra cosa que de "la delimitación de intereses", para emplear la fórmula de Korkounov, el concepto de que hablamos, sin ser jurídico, es un supuesto

[79] Carnelutti, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil.* Tomo I. México, Publicación del Supremo Tribunal de Justicia del Distrito Federal. 2005. p. 11.

imprescindible para todo lo jurídico. (Por ello, dice Carrillo Flores, tiene razón Carnelutti).[80]

14.2 Interés simple

Desde diverso aspecto, se observa que cuando hay coincidencia de intereses, no hay problema que importe para un estudio jurídico. Nace el problema cuando hay necesidad de delimitar intereses que puedan hallarse en pugna. Así, tenemos que hay situaciones que suponen un interés, pero no un derecho; hay ocasiones en que aun cuando un particular tiene un interés, le está negado en lo absoluto todo derecho, porque la situación favorable que disputa al Estado no admite tutela jurídica. Cita un ejemplo expuesto por Teodosio Lares: "los propietarios de predios que colindan con una plazuela elegida por el Estado para llevar a cabo la ejecución de los delincuentes sufren una manifiesta lesión en sus intereses. Es indudable que nadie querrá habitar estas casas y que tendrán que devaluarse, pero de ahí no puede derivarse el derecho de los propietarios a que se cambie el lugar de las ejecuciones".[81] Este sería un caso típico de interés no tutelado, al menos directamente.

El Máximo Tribunal de la Nación, funcionando en Pleno, en contexto con estas ideas, emitió la tesis del rubro: INTERÉS JURÍDICO. INTERÉS SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN. Así, en uno de sus párrafos consiga que se estará en presencia de un interés simple, "cuando la norma jurídica objetiva no establezca en favor de persona alguna ninguna facultad de exigir, sino que consigne solamente una situación cualquiera que pueda aprovechar algún sujeto, o ser benéfica para éste, pero cuya observancia no puede ser reclamada por el favorecido o beneficiado, en vista de que el ordenamiento jurídico que establezca dicha situación no le otorgue facultad para obtener coactivamente su respeto. En cambio no se podrá decir que

[80] Carrillo Flores, Antonio. *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México.* México, Librería de Porrúa Hnos. y Cía. 1939. p. 50.

[81] *Ibídem*. p. 51 y sigs.

el particular cuenta con un interés simple, cuando la ley o el reglamento de que se trate, le concedan "el poder de exigencia" correspondiente".[82]

En un ejemplo de laboratorio, diríamos que un ciudadano o un grupo de ellos, quienes tienen su domicilio en las cercanías de un centro de salud que cuenta con hospital, cuyo servicio es a cargo del Estado y se decreta el cambio de su ubicación a otro edificio lejano, algún vecino en particular, quien consideraba un beneficio contar con servicios médicos cercanos a su lugar de residencia, tendrá un interés simple en que no se lleve a cabo el traslado y resultaría improcedente el eventual juicio de amparo que llegare a promover en tales condiciones. A nuestro entender, identificar el interés simple, es menos complicado que diferenciar el interés legítimo.

14.3 Interés colectivo

El propio Carnelutti, dice que todas las necesidades son individuales. No existen necesidades de una colectividad como tal. Cuando se habla de necesidades colectivas, se emplea una expresión traslaticia, para significar necesidades que son sentidas por todos los individuos pertenecientes a un grupo dado. Empero, aun cuando no haya necesidades colectivas, sí existen intereses colectivos.

Los intereses colectivos, se presentará cuando la situación favorable a cada uno, para la satisfacción de una necesidad suya, no pueda determinarse sino junto a otras idénticas situaciones favorables a los demás miembros de un determinado grupo.

Recurre a un ejemplo: el disfrute de una casa es un interés individual; en cambio, la construcción de una gran vía de comunicación, es un interés colectivo, porque ésta no puede construirse para dar satisfacción a las necesidades de una sola persona, sino para la satisfacción de las necesidades de muchos.[83] Se entiende de todos los vecinos de la comunidad que obviamente resultarán beneficiados al contar con la vía de comunicación de que se trate.

[82] *Semanario Judicial de la Federación*. Pleno, Primera parte, volumen 37, Séptima época, p. 25. Amparo en revisión 2747/69. Alejandro Guajardo y otros. 18 de enero de 1972. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Abel Huitrón.

[83] Carnelutti, Francesco. *Ob. Cit.,* p. 12.

El concepto de este tipo de interés, el colectivo, es necesario traerlo a cuento porque el artículo 107 constitucional y la Ley de Amparo en vigor ésta última a partir del mes de abril de 2013, hacen procedente el llamado *amparo colectivo*; debiendo señalarse que el interés colectivo se origina respecto de varios, de muchos o de todos los individuos y que para efectos de la procedencia de estas acciones, se necesita un número mínimo de 30 individuos.[84]

14.4 Interés legítimo

De inicio, cabe decir que los criterios de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, no han dado la claridad que fuera de desearse sobre el tema. Al interés legítimo, lo ligan con la afectación a la esfera jurídica del interesado, sin explicar con claridad en qué consiste tal afectación, como tampoco se expresa si la referida afectación, es sustancial, de grado o de ambas. Para estos efectos, empezamos con el examen de la tesis del rubro: INTERÉS LEGÍTIMO, NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL, cuyos datos de identificación se proporcionan al pie de página y en donde en lo conducente se lee: "para la procedencia del juicio… basta con que el acto de autoridad impugnado afecte la esfera jurídica del actor, para que le asista un interés legítimo… resultando intrascendente, para este propósito, que sea, o no, titular del respectivo derecho subjetivo… De esta forma resulta procedente el juicio que intenten los particulares no sólo contra actos de la autoridad administrativa que afecten sus derechos subjetivos (interés jurídico), sino también y de manera más amplia, frente a violaciones que no lesionen propiamente intereses jurídicos, ya que basta una

[84] El número de 30 personas se consigna, para las acciones colectivas en la tesis aislada CC-CXXIV/2014, de la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación del rubro "Acciones colectivas difusas. Para considerar que el representante común tiene legitimación activa para ejercerlas, es necesario que la colectividad esté conformada por al menos treinta miembros". Amparo directo 43/2013, fallado el 15 de enero de 2014. Este número de 30 personas, se consigna para las acciones colectivas en el art. 585, fracción II del Código Federal de procedimientos Civiles.

lesión objetiva a la esfera jurídica de la persona física o moral derivada de su peculiar situación que tienen en el orden jurídico…"[85]

Como bien puede observarse, lo expresado no logra definir ni esclarecer objetivamente, cuándo se está en presencia de un interés legítimo. Ciertamente, esta primera de las tesis que comentamos, no da luz ni es útil para reconocer los casos en que se actualice el interés legítimo, porque la lesión objetiva a la esfera jurídica de la persona física o moral derivada de su peculiar situación que tienen en el orden jurídico, también ocurre cuando se habla de interés jurídico, si se tiene en cuenta que en ambos, se produce una lesión objetiva a la esfera jurídica del afectado.

En un diverso criterio de jurisprudencia, de la voz: INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, se intentó clarificar un tanto el concepto, en cuanto en él se dice: "…el interés jurídico tiene una connotación diversa a la del legítimo, pues mientras el primero requiere que se acredite la afectación a un derecho subjetivo, el segundo supone únicamente la existencia de un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados, interés que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico".[86]

Este segundo criterio que comentamos, tampoco es claro, porque, como luego se verá, todo derecho subjetivo debe estar jurídicamente tutelado, de donde resulta que si se afecta directamente la esfera jurídica del individuo, siempre estaremos en presencia de auténtico interés jurídico. Ahora, si se le afecta en sus intereses por actos de autoridad, en forma derivada y se debe contar con un interés cualificado, tenemos que con estas expresiones se comprenden actos que pudieran confundirse con los casos de interés simple, porque la expresión interés cualificado, sin mayor explicación, nada dice, es una frase vaga y genérica, en la medida en que no se sabe cuál es la calidad o cualificación de tal interés.

[85] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época, Segunda Sala, tomo XVI, diciembre de 2002, Materia Administrativa. p. 242. Tesis de Jurisprudencia 142/2002, derivada de la contradicción de tesis 69/2002-SS.

[86] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Segunda Sala, Materia Administrativa, tomo XVI, diciembre de 2002. p. 241. Tesis de Jurisprudencia 141/2002, derivada de la contradicción de tesis 69/2002-SS.

La Primera Sala del Máximo Tribunal de la Nación, ha aportado otros datos que pretenden ser más ilustrativos, en la tesis del título: INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE;[87] sin embargo, desde nuestro punto de vista, no logró la finalidad que indica el rubro, es más un examen detenido se encuentra que incluso, introduce más confusión. En el texto del criterio, se especifica, que para acreditar el interés legítimo, se exige al quejoso que demuestre algo más que un interés simple o jurídicamente irrelevante, entendido éste como el que puede tener cualquier persona por alguna acción u omisión del Estado pero que, en caso de satisfacerse, no se traducirá en un beneficio personal para el interesado, pues no supone afectación a su esfera jurídica en algún sentido. En cambio, el interés legítimo se define como aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra.

En el párrafo inserto, se introduce el concepto de relevante y su contrapartida, irrelevante, pero en todo tipo de interés, habrá siempre una afectación o un beneficio para quien se ubique en el supuesto. Aun en el caso que ofrezca menos discusión para encasillarlo en un interés simple, se encontrará el ingrediente de la afectación o beneficio; el problema estriba en que el interés legítimo no se comprende en la norma, empero lo propio sucede con el interés simple.

Como los ejemplos, generalmente arrojan luz, recurramos a uno de ellos, que de primera intensión pareciere de laboratorio, pero en realidad fue un suceso ocurrido al autor de estas líneas: En la década de los años ochenta del siglo pasado, se instaló por primera ocasión un Juzgado de Distrito en la ciudad de León Guanajuato y en esa época el suscrito se desempeñaba como titular del Juzgado Segundo de Distrito en la entidad. Se dio a la publicidad el acontecimiento y algunos vecinos, mal informados, desde luego, acudieron alarmados porque alguien les aseguró las instalaciones del nuevo juzgado se ubicarían en la exclusiva colonia

[87] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época. Primera Sala, Materia Común, Libro XVII, febrero de 2013, Tomo 1. Tesis XLIII/2013 (10a.), p. 822.

residencial donde residían y se entrevistaron con el titular del Juzgado Segundo, en la ciudad de Guanajuato, con la intención de hacer notar que su tranquilidad se vería seriamente afectada y que la plusvalía de sus propiedades disminuiría, porque el traslado de "reos de alta peligrosidad" al nuevo juzgado les atemorizaba en grado superlativo y hasta imaginaban enfrentamientos con armas de fuego, en el caso de algún intento de fuga.

En este caso, nos parece, nadie dudaría que los vecinos solamente pudieran esgrimir un interés simple individual o colectivo. No obstante, de llegar a probar fundadamente que sus propiedades, en efecto, sufrirían una devaluación, (como ocurriría, seguramente, si en lugar de establecer en el cetro de su exclusiva colonia residencial un juzgado, se diera cabida a un panteón); entonces aun y cuando llegasen a sufrir, ciertamente, un detrimento económico, derivado de una decisión gubernamental, no contarán con interés jurídico para oponerse a tal decisión. Quien sí contará con interés jurídico para ello, sería el propietario del predio que, por ejemplo, se hubiere expropiado para la apertura del panteón de nuestro ejemplo. En este contexto, subsiste la duda de si los inconformes contaren con interés legítimo, porque de todas formas: 1) la decisión gubernamental no afecta, ciertamente, ningún derecho subjetivo de los vecinos ni cuentan con un interés jurídicamente protegido; 2) sí sufren al menos, una afectación pecuniaria por la disminución de la plusvalía de sus predios. La nota de relevancia, consideramos, es subjetiva, puesto que en todo interés, subyace un beneficio o una afectación con los actos u omisiones de los que son consecuencia. Quizá alguien opine que si trata de establecer un panteón, si se trate de una afectación relevante, pero si se trata de un juzgado, no se le califique de tal.

Nos abocamos ahora al comentario de un criterio, contenido en la tesis del título: INTERÉS LEGÍTIMO. EN PRINCIPIO, LA FALTA DE ÉSTE NO ES MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO QUE CONDUZCA A DESECHAR LA DEMANDA CUANDO LOS PADRES, EN REPRESENTACIÓN DE SU HIJO MENOR DE EDAD, ACUDEN A COMBATIR ACTOS DE AUTORIDAD DIRIGIDOS A AFECTAR LOS PREDIOS DE UN TERCERO, DE CUYO USO SE BENEFICIAN POR ALGÚN TÍTULO LÍCITO, Y SE RELACIONAN CON LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES SENSIBLES PARA DETERMINADOS DERECHOS CONSTITUCIONALES. En el texto relativo, en lo que interesa se lee: "Así, es una posibilidad de subsunción

del concepto de interés legítimo cuando los padres de un menor acuden al amparo a impugnar actos dirigidos contra una asociación civil, con quienes se relacionan jurídicamente y utilizan sus instalaciones, según lo aducen, para satisfacer necesidades sensibles para sus derechos constitucionales, pues en dicho planteamiento se encuentran presentes de manera indiciaria los siguientes tres elementos: 1) la existencia de un tercero, quien siendo titular de un derecho subjetivo, se presume es destinatario de actos reclamados que afectan las condiciones de ejercicio de ese derecho; 2) la parte quejosa afirma tener una relación jurídica relevante con ese tercero, en razón de la cual puede aprovecharse de las condiciones de ejercicio de su derecho subjetivo, por lo cual los actos reclamados pueden detonar una afectación colateral también en su esfera jurídica; y 3) se alega que los actos reclamados violan el derecho objetivo. La presencia de los tres requisitos permite presumir la existencia de un agravio personal e indirecto, el cual conforma una posibilidad aplicativa del interés legítimo cuando se impugnan actos dirigidos contra terceros. Lo anterior, se insiste, debe entenderse como posibilidad conceptual inicial de subsunción que conduzca a admitir la demanda de amparo y no como conclusión definitiva, pues el juez debe resolver en el juicio la efectiva actualización o no del interés legítimo con base en la fijación de los actos reclamados y la valoración de las constancias de autos; en otras palabras, la satisfacción de los tres requisitos señalados conforma un criterio *prima facie* a favor de la admisión del juicio constitucional, el cual se debe completar con el análisis casuístico de cada demanda de amparo".

De este criterio, lo realmente importante, es que deja al arbitrio de juzgador la determinación de calificar el interés con que acuden los justiciables en demanda del amparo y protección de la justicia de la Unión, en cada caso concreto. Así, la tesis reconoce el ingrediente de subjetividad para la determinación del interés legítimo, lo que nos parece un tanto riesgoso y atentatorio para la seguridad jurídica que es, indiscutiblemente, uno de los fines del derecho.

En cuanto a las tres reglas que menciona la tesis, diremos que la primera es acertada, en tanto el interés legítimo deja en aptitud al interesado de intentar la acción constitucional, circunstancia que a su vez presupone la existencia de un acto de autoridad, que es siempre atacable por medio del juicio de amparo *por alguien*, es decir, por quien tenga interés jurídico;

sin embargo, la fórmula no es del todo acertada, porque existirán casos en que en que, por ejemplo, sólo exista interés colectivo. Así, la desaprobación de un plano de una dependencia gubernamental que contemple la desviación de la ruta un par de kilómetros para beneficiar a una comunidad, en un caso de laboratorio, únicamente afecta a la comunidad de que se trate y no existe (tercero afectado en sus derechos subjetivos).

En cuanto al segundo elemento a que se alude en la tesis, en el ejemplo anterior, menos podrá decirse que el inconforme esté ligado con un tercero afectado que no existe.

El tercer elemento, que como se afirma en la tesis de la Primera Sala, consiste en que el presunto promovente del amparo, quien aduce tener interés legítimo, en su demanda se alega que los actos reclamados violan el derecho objetivo, es evidentemente, éste un elemento que toda acción constitucional que se intente, debe contener.

Por último nos referimos al criterio de la Segunda Sala, contenido en una tesis donde sostuvo un criterio que en resumen dijo que el interés legítimo solamente se presentará, ante la insuficiencia de reglas de Derecho Positivo, en los casos de interés colectivo, en tanto afirmó que figura del interés colectivo se contiene en los asuntos donde se aduzca violación a derechos difusos; esto luego de precisar que el derecho subjetivo está plenamente tutelado, a diferencia del interés simple que no cuenta con ninguna protección legal, en tanto, da a entender que el interés legítimo se encuentra en una zona intermedia, como se puede advertir de los párrafos siguientes: "…Para explicar el alcance del concepto "interés legítimo individual o colectivo", ante todo, debe señalarse que tanto el jurídico como el legítimo suponen que existe una tutela jurídica del interés en que se apoya la pretensión del promovente, a diferencia del interés simple que no cuenta con esa tutela, interés jurídico… Sentado lo anterior, el interés legítimo no supone la existencia de un derecho subjetivo, aunque sí que la necesaria tutela jurídica corresponda a su "especial situación frente al orden jurídico", lo que implica que esa especial situación no supone ni un derecho subjetivo ni la ausencia de tutela jurídica, sino la de alguna norma que establezca un interés difuso en beneficio de una colectividad, iden-

tificada e identificable, lo que supone la demostración de que el quejoso pertenece a ella".[88]

Este criterio, sin duda, no es objetable. Sin embargo, se ha dicho es insuficiente porque, al parecer de otros órganos, al instaurarse en la legislación positiva la figura jurídica del interés legítimo, la idea es establecer la procedencia de amparo para otros casos, aun y cuando no se produzca afectación a interés colectivos, es decir, aceptar que la procedencia del amparo se amplíe para situaciones que afecten a los gobernados en lo individual. Así, se dice en la tesis intitulada: INTERÉS JURÍDICO E INTERÉS LEGÍTIMO. SUS DIFERENCIAS EN MATERIA CIVIL. Y de cuyo texto se copian los párrafos sustanciales para evidenciar los asertos antes dichos, mismos que a continuación se insertan: "…De hecho, uno de los principales objetivos pretendidos con ese precepto fue, precisamente permitir el acceso al amparo a aquellas personas no afectadas en su esfera jurídica por actos administrativos (interés legítimo), no obstante carecieran de la titularidad del derecho subjetivo respectivo (interés jurídico); es decir, ampliar el número de personas que pudieran acceder a la Justicia Federal en defensa de intereses, difusos y colectivos… Así… el interés legítimo supone únicamente la existencia de un interés respecto de la legalidad de determinados actos, interés que no proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, sino directa o indirectamente de su situación particular respecto al orden jurídico.[89]

Por comentario final en este apartado, nos vemos obligados a reconocer que lo lamentable del caso, es que no hemos encontrado ni tenemos para aportar, otros criterios que clarifiquen el punto y hasta donde tenemos noticia, el Pleno del más Alto Tribunal de la Nación, como ninguna de sus Salas, han externado tampoco alguno de relevancia.

[88] La tesis aislada es del rubro: INTERÉS LEGÍTIMO. ALCANCE DE ESTE CONCEPTO EN EL JUICIO DE AMPARO. Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época. Segunda Sala, Materia Común, Libro XVIII, marzo de 2013, tomo III. Tesis 2. Tesis XVIII/2013 (10a.) p. 1736.

[89] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época. Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Común, Civil, Libro 6, mayo de 2014, tomo III. Tesis I.13º.C. 12C (10a.), p. 2040.

14.5 Derecho subjetivo

La primera precisión que debemos asentar, es que el concepto de derecho subjetivo, varía de acuerdo a la naturaleza que los autores le atribuyen. Recasens Siches, afirma que es uno de los temas más discutidos en la literatura jurídica, hasta el punto de que resulta casi inacabable el conjunto de estudios realizados y de las doctrinas propuestas, e intenta una clasificación de las doctrinas y presenta cuatro grupos: a) de la voluntad; b) del interés; c) mixtas y normativas en sentido formal, o de pura esencia jurídica.[90]

En lo correspondiente a la llamada teoría de la voluntad, diremos que a nuestro entender se asocia íntimamente con las doctrinas jurídicas encasilladas e identificadas con la denominación genérica de *jus naturalistas* y esto no sin motivos sustentables.

El exponente principal de esta corriente es Winscheid, quien, como es sabido, definía al derecho subjetivo como "el señorío de la voluntad". En consonancia con estas ideas hay autores como Georgio Del Vecchio, para quien el derecho mismo se construye sobre la voluntad (nota característica del derecho subjetivo) y así, textualmente dice: "…Podemos definir más brevemente el Derecho como: *la coordinación de la libertad, bajo forma imperativa*".[91]

A efecto de entender esta definición, es necesario tener en cuenta ciertos conceptos que le sirven de antecedente: En primer lugar el derecho objetivo se presenta como una serie de imperativos; aparece como una limitación a la libertad individual, aparentemente niega la libertad, pero en realidad la afirma y aun la constituye. En efecto, fuera del derecho no hay verdadera libertad, el poder hacer lo que a uno le plazca, no es libertad, sino arbitrio irregulado y carente de todo valor. La verdadera libertad surge cuando está garantizada y el imperativo jurídico, tiene por objeto asegurar y garantizar todas aquellas conductas que no excluyen o prohíben. Aquello que no prohíbe el derecho objetivo más que permitirlo, lo garantiza, por ello, dice este jus filósofo, es rigurosamente cierta la

[90] Del Vecchio, Georgio y Recasens Siches, Luis. *Filosofía del Derecho y estudios de filosofía del Derecho.* México, UTEHA. p. 332

[91] *Ibídem*. p. 308.

sentencia de Cicerón, inscrita, por cierto, en el mural Central del edificio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación *Leugum servi sumus, ut liberi ese possimus*. En este contexto, se entenderá porque dice que el Derecho es la coordinación de la libertad, bajo forma imperativa.

Por lo demás, el derecho subjetivo, traducido en facultad o poder jurídico, se concibe como una esfera otorgada a la persona que nadie puede horadar sin incurrir en una violación jurídica. Como se advierte, el derecho subjetivo y el derecho objetivo, se interrelacionan y sin el primero, no podrá existir el segundo.

En cuanto a los elementos del derecho subjetivo, tenemos que son dos: uno es la posibilidad de hacer o de querer (dentro de los límites del derecho), al que se identifica como elemento interno; el otro consiste en la posibilidad de exigir de otros el respeto, (garantizado por la ley) denominado elemento externo. Por esto, define al derecho subjetivo, como la facultad de querer y de pretender atribuida a un sujeto, a la cual corresponde la obligación por parte de otros.[92]

Como corolario de lo antes expresado, tenemos que para los seguidores de esta corriente de pensamiento, si el derecho subjetivo, se funda esencialmente en la voluntad y sin voluntad no hay derecho subjetivo, tendremos que desde diversa perspectiva, pero complementando las ideas anteriores, para que se actualice el derecho subjetivo, debe necesariamente existir la libertad del sujeto, titular del derecho. Aquí cabe hacer notar que los exponentes de esta postura, trasladan esa voluntad, en el caso de las personas morales o de los incapaces a sus representantes y se hacen cargo del caso de los esclavos y extranjeros, esto para justificar que aun aquellos privados de libertad o de razón cuentan con derechos subjetivos.

Así, juristas como Eugenio Trueba Olivares, afiliado a este grupo de pensadores, quienes fundan el derecho subjetivo y objetivo en la voluntad y en la libertad, para defender la teoría, llegan al grado de afirmar que la libertad es causa del derecho subjetivo[93] y sólo la persona humana podrá ejercerlos; en cuanto a la libertad, dice textualmente "Kelsen también niega que la libertad sea la condición de la imputación jurídica y al hacerlo destruye, en nuestro concepto, la justificación de todo orden

[92] Del Vecchio y Recasens Siches. *Ob. Cit.,* p. 306.

[93] *Cfr.* Trueba Olivares, Eugenio. *Derecho y persona Humana*. México, Ed. Jus, 1966. pp. 106 y ss.

normativo y particularmente la noción correcta y única posible del derecho subjetivo".[94] Son estas estimaciones, los que nos lleva a la afirmación que esta doctrina es sostenida substancialmente por los jus naturalistas.

En cuanto al segundo grupo, diremos que las doctrinas que basan el derecho subjetivo en el interés, fue inicialmente sostenida por Ihering, quien incluso funda la noción del derecho en la del interés.[95] Del Vecchio, ataca esta corriente y entre otros argumentos, expresa que en la realidad en que vivimos, existen multitud de intereses y que allí donde es posible una tutela jurídica y existe de hecho, no puede decirse que ésta constituya tantos derechos cuanto son los intereses que protege; alude en calidad de ejemplo, a las leyes penales a las de la administración pública y a las que aseguran la defensa del territorio nacional. Son interés de cada uno, que se castigue a los delincuentes, que las finanzas del estado sean correctas y que las fronteras permanezcan seguras, pero no existe en todo ciudadano el derecho subjetivo correspondiente, porque la facultad o pretensión para ello falta en los particulares en cuanto tales. El mismo Ihering modificó su teoría, así como sus seguidores, para incluir este elemento de la voluntad, al lado del de interés, de modo que Jellinek, en una postura mixta, definió al derecho subjetivo como un querer tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de una voluntad individual.[96] Del Vechhio, en seguida afirma, que en su concepto era innecesario conjuntar los conceptos de interés y de voluntad. Por lo cual la esencia del derecho hubiera debido referirse sólo a este elemento.

En lo que mira a la cuarta de las corrientes doctrinarias, las normativas en sentido formal, o de pura esencia jurídica, está por demás decir que su creador y principal exponente es Hans Kelsen, para quien esta acepción de derecho subjetivo no interesa a la teoría jurídica pura.[97] Estas ideas las itera en su copiosa producción; así, en su *Compendio de teoría general del Estado,* donde se recoge su doctrina en lo sustancial, dice, aunque sólo para efectos explicativos, que existe una *norma jurídica primaria*, que establece lo que constituye el *deber ser*; establece un vínculo con el *sujeto de derecho,*

[94] *Ibídem*. p. 107.
[95] Del Vecchio y Recasens Siches. *Ob. Cit.,* p. 310.
[96] *Ibídem*. pp. 311 y 312.
[97] *Ibídem*. p. 339.

quien queda obligado, por esa *imputación*, a una conducta determinada; así la norma jurídica *primaria* es la que ordena la coacción y luego añade:

> Llamo norma jurídica secundaria, a ese deber ser jurídico formulado en una norma, cuya validez se funda en el supuesto de que uno debe conducirse de tal suerte que no haya de ser aplicada la sanción coactiva: dicho de otro modo de que debe ser evitada la realización del acto coactivo ordenado para determinadas circunstancias por el orden jurídico estatal. Así pues, la regla en que se expresa el deber jurídico constituye la llamada norma jurídica secundaria. La norma jurídica primaria es la norma que ordena la coacción: ella contiene como condición para que se realice el acto coactivo que establece (como obligatorio) precisamente la conducta que contradiga a la norma jurídica secundaria… (esta)…resulta superflua si se la considera de un modo riguroso: expresa sólo para una mejor y más fácil comprensión, aquel vínculo u obligación derivado de la norma primaria, al cual se denomina aquí deber jurídico".[98]

De lo hasta ahora expuesto, conforme a la teoría pura del derecho, podría decirse que si todo precepto jurídico regula un deber jurídico, como habrá algunos que no necesariamente originen una autorización o pretensión, esto es, lo que suele llamarse un derecho subjetivo, entonces no queda sino concluir que la voluntad está supeditada a lo que disponga la norma, de donde resulta que en realidad carece de significación y sólo en este contexto se explica la definición que el propio Hans Kelsen formuló del derecho subjetivo, cuando lo entiende como la capacidad residente en un hombre de controlar con el asentimiento y asistencia del Estado las acciones de otros".[99]

[98] Kelsen, Hans. *Compendio de teoría general del Estado.* Trad. Luis Recasens Siches y Justino de Azcárate. 2a. Edición, con un estudio preliminar por Luis Recasens Siches. México, Editora Nacional. 1980. pp. 124 y ss.

[99] Definición contenida en Del Vecchio, Georgio y Recasens Siches, Luis. *Filosofía del Derecho*... p. 340. Se cita como fuente: Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechstlehere* (2ª edición 1923) pp. 625 y 626; y en Reine Rechtslehere (1934) párrafo 24, p. 47 y ss. Precedentes de esta doctrina –entre otros– en Holland, *Jurisprudence* (2ª. Ed.).

14.6 Interés jurídico

De las ideas que en forma breve hemos intentado resumir, tenemos que todas las doctrinas y todos los autores, aun cuando antagónicos e irreconciliables en sus posturas, tienen como común denominador el que para actualizar y diríamos poner en marcha a los tribunales, el particular gobernado, debe contar con la acción correspondiente, es decir, que la norma jurídica le reconozca el derecho que aduzca, le ha sido violado o que sea que la propia norma jurídica le permita y reconozca la facultad para instar ante los tribunales, facultad que no es otra sino la que conoce como interés jurídico. Sostenemos que de no ser así, se destruye el derecho mismo, pues cuando existe una norma que contradice, por ejemplo alguno de los derechos humanos, o se sancionan conductas indebidas e incluso contrarias al mismo sistema jurídico de Derecho Positivo, se estará ante la presencia de actos inconstitucionales o definitivamente injustos, situaciones que merecen otras soluciones también jurídicas. No escapa a la atención ni eludimos comentar que la Primera Sala del nuestro Máximo Tribunal, ha sostenido que en ciertos casos, por ejemplo en casos de divorcio, debe condenarse al pago de una pensión alimentaria, aun cuando no se solicite por el acreedor de esta prestación. No compartimos este criterio, en tanto que si bien es verdad que existen derechos irrenunciables como el caso citado del derecho a percibir alimentos, renuncia al salario, a recibir indemnizaciones laborales y otros análogos, esta expresión de derechos irrenunciables sólo se traduce en la obligación de las autoridades jurisdiccionales de respetarlos; lo contrario se traduce en establecer condenas sin que nadie las haya pedido; en "solucionar" conflictos donde eventualmente no existen y lo que es peor, en crearlos, porque si alguien no pide la condena alimentos, es lógico pensar que se le están ministrando satisfactoriamente y bien pudiera ocurrir que se condenase a cantidades inferiores a la que se percibían antes de la presentación de la demanda de divorcio. Este comentario sólo tiene valor literario, porque de desobedecer la jurisprudencia, obligatoria por mandato legal, se incurriría en el mismo error que se combate: desobedecer la ley positiva.

Capítulo III
Prescripción adquisitiva

1. Usucapión y prescripción

En la actualidad las expresiones prescripción adquisitiva y usucapión, se utilizan como sinónimas y ambas sirven para dar una misma idea. Sin embargo, no siempre fue así.

El tratadista mexicano Ernesto Gutiérrez y González afirma que a pesar de los términos utilizados en los textos legales resultaría adecuado utilizar los vocablos *usucapión* para adquirir bienes y *prescripción* para liberarse de obligaciones; además cuando se hace alusión a *prescripción positiva y prescripción negativa*, se produce una desorientación, sobre todo en el ámbito de la enseñanza del derecho.[1] Por nuestra parte, siguiendo la terminología de la mayoría de los civilistas y de los textos de Derecho Positivo, empleamos aquí las voces de prescripción adquisitiva y usucapión, para referirnos a la misma institución jurídica, aunque, conforme al contexto de la frase, simplemente usaremos una de ambas palabras: *prescripción (adquisitiva) o usucapión*.

Cabe señalar que nuestro objetivo se centra en la prescripción adquisitiva de bienes inmuebles, para lo cual hemos de iniciar por un comentario acerca de los errores en que a nuestro parecer incurrió el Legislador, especialmente al establecer los requisitos para la prescripción de mala fe, cuyo lapso para que opere es de veinte años, en los términos en que está autorizada en el artículo 1248, del Código Civil para el estado de Guanajuato y demostrar

[1] Gutiérrez y González, Ernesto. *El patrimonio.* Novena edición. México, Ed. Porrúa, 2008. pp. 631, 636 y ss.

la inconstitucionalidad del diverso numeral 1250, y de otros preceptos legales de la legislación objeto de examen, que complementan el sistema de Derecho Positivo que rige la figura jurídica de la usucapión.

1.1 Origen romano de la institución

Como la gran mayoría de las instituciones de Derecho Civil de nuestro sistema jurídico, ésta remonta sus orígenes a la antigüedad romana.[2] Para los juristas de esa cultura había dos formas distintas que perseguían un mismo fin: la usucapión y la prescripción. No se trataba de dos formas diferentes de prescribir, sino que una era propia del Derecho Civil y otra del derecho honorario, aunque en rigor y considerando la circunstancia histórica, la usucapión era un modo de adquirir y la prescripción era sólo excepción y un medio de liberarse de la acción del propietario.[3] Justiniano igualó una con otra; esto es, al final fueron una misma institución.

Para una mayor comprensión de estos procesos de transformación, es necesario realizar un recuento de aquellos conceptos que constituyen el entorno de la institución jurídica, a los que hemos hecho referencia indirecta en el capítulo primero. Por una parte, recordar que las *res in commercio*, única susceptible de apropiación, se clasificaba dividiendo: *res mancipi* (entre estas cosas, destacan los fundos *in sólo itálico) y res nec mancipi*. Asimismo, existían dos tipos de propiedad: quiritaria y bonitaria; la primera se reservaba a los ciudadanos romanos, a quienes les era aplicable el *jus civile* y sólo estos podían adquirir las *res mancipi* y para que la transmisión fuese válida, habrían de cubrirse los formalismos contenidos en la *mancipatio* o en la *in jure cesio;* de modo que cuando el adquirente había recibido solamente la tradición, sobre bienes comprendidos en *res mancipi*, aun cuando fuera en base a una *iusta causa*, no se hacía propietario legítimo, *ex iure Quiritium* sino que era sencillamente poseedor; y sólo cuando la posesión hubiere durado uno o dos años adquiría el dominio por usucapión. Así se decía que tenía el dominio *in bonis.*

[2] *Cfr.* Acevedo Prada, Luis Alfonso y Martha Isabel. *La prescripción y los procesos declarativos de pertenencia,* cuarta edición. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Themis, 1999, pp. 3 y ss.

[3] Montiel y Duarte, Isidro A. *Vocabulario de jurisprudencia*. Edición Original: Imprenta de la V. e hijos de Murguía. México 1878. Edición facsimilar, México, SCJN. 2007. pp. 235.

Para defensa del adquirente no quiritario, nació la acción publiciana, en el entendido de que la usucapión era una institución exclusiva del *Ius civile.* Eso significa que no podía invocarse por un extranjero ni se podía adquirir de este modo la propiedad, pues la usucapión surtía efectos sólo entre ciudadanos y no valía más que respecto de cosas susceptibles de *dominiun ex iure Quiritium*. No era aplicable, por tanto a fundos provinciales.[4] Para colmar esta laguna y dejar expedita la posibilidad de este modo de adquisición por la posesión a título de dueño en tratándose de fundos provinciales, operó la *praescptio logi temporis*.

El destacado romanista español Álvaro D' Ors dice que la usucapión forma de apropiación posesoria, es de Derecho Civil y, por tanto, excluida para los extranjeros y fundos no itálicos; además, en virtud de principio de reciprocidad, de la misma manera que un extranjero no podía usucapir una cosa perteneciente a un romano, tampoco podía éste usucapir una cosa perteneciente a un extranjero (*hostis*).[5]

Cabe recordar que Justiniano suprime la distinción entre *res mancipi y res nec mancipi;* elimina la *mancipatio;* observa, con justa razón, que la propiedad quiritaria y la bonitaria, no es más que un *nudum jus*, un *vacum et superflum verbum* (palabra vacía e inútil) y extirpa la distinción de la ciencia jurídica. Por ello en su tendencia a simplificar y unificar instituciones semejantes, en la época justiniana se igualaron ambas instituciones (usucapión y prescripción positiva).[6]

En definitiva, el Derecho antiguo reconocía la prescripción y la distinguía de usucapión, y sólo con el paso del tiempo, se usan como voces sinónimas: usucapión y prescripción positiva o adquisitiva, tal como aparece en los códigos civiles y lo sostiene la mayoría de los autores que tratan el tema.

[4] Ver capítulo primero, *supra*. VII.

[5] *Cfr.* D' Ors *Derecho privado Romano,* 10ª ed. Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. 2008, pp. 245 y 246.

[6] Margadant S., Guillermo Floris, *El derecho privado romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea.* 4a ed., corregida y aumentada, México, Editorial Esfinge, 1970, p. 252.

1.2 Prescripción en las siete partidas

Como es bien sabido, las Siete Partidas de don Alfonso X el Sabio, forman parte de nuestra tradición jurídica, tanto en la época colonial como en el México independiente, donde se incorporaron al naciente derecho patrio.

De este modo y en calidad de antecedente histórico, nos parece útil, insertar algunas de *las partidas*[7] que tienen relación con el tema de la prescripción, objeto de análisis en este estudio.[8]

Tercera Partida. Tit. XXX
Título XXX.
En quantas maneras puede ome ganar pofefsion e tenencia de las cofas.
Como ganan o pierden los omes el feñorio de las cofas por tiempo, affaz cumplidamente lo auemos moftrado en las leyes del Titulo ante defte. El porque tal ganancia non fe puede fazer a menos que el ome aya la poffefsion. E mostraremos primeramente, que cof es poffefsion. E quantas maneras fon Della. E quien la puede ganar. E como. E defpues diremos, como la puede perder el que la aya ganada.

Tercera Partida. Tit. XXX
De cuántas maneras puede el hombre ganar la posesión o tenencia de las cosas.
Como ganan, o pierden los hombres el señorío (dominio) de las cosas por el transcurso del tiempo, acaso cumplidamente lo demostrado en las leyes del título anterior a éste. Y porque tal ganancia (acción de ganar, provecho de una acción) no se puede hacer a menos que el hombre tenga la posesión y la tenencia de ellas; por ende, queremos aquí hablar de la posesión. Y cuantas maneras hay de ellas. Y quien las puede ganar. Y como después diremos, como la puede perder el que la haya ganado.

[7] Alfonso X "el sabio" Rey de Castilla y de León y Castilla. *Las siete partidas*. Ed. original Joseph Thomas Lucas, en la Plaza de las comedias. 1758. Ed. facsimilar, México, SCJN. 2004.

[8] La traslación del español antiguo es libre, con la colaboración del licenciado M. Elías Hernández.

LEY I

Que coffa es poffefsion.

Poffefsion tanto quiere decir, como ponimiento de pies. E fegun dixeron los sabios antiguos, poffefsion es tenencia derecha que ome ha en lasa cofas corporales, e con ayuda del cuerpo, e del entendimiento. Ca las cosas que non fon corporales, afsi como las feuidumbres que han vnas heredades en las otras, e los derechos por que demandan vn ome fus debdas, e las otras cofas que non fon corporales femejanates dellas, propriamente non fe pueden poseer, nin tener corporalesmente, mas viando dellas aquel a quien pertenece el vfo, e confintieldolo aquel en cuya heredad lo ha, es como manera de poffefsion.

LEY II

Quantas maneras fon de poffefsion.

Ciertamente dos maneras hay de poffefsion. La una es natural, e la otra es por otorgamiento de derecho, a que llaman, en latin, civil, E la natural es, cuando ome tiene la cofa por fi miffmo corporalmente, así como cafa o caftillo o fu heredad, o otra cofa semejante, estando en ella. E la otra que llaman civil es, cuando alguno me fale de casa, de que el es tenedor, o de heredad, o de castillo, o de otra cosa semejante, non entendimiento de la desamparar, masa porque non puede ome siempre estar en ella. Ca eftonce, Moguer non fea tenedor de la cofa corporalmente, feerlo ha en la voluntad, e en el entendimiento, e valdra tanto, comofi eftuuiefffe en ella por fi mifmo.

LEY I

Qué cosa es posesión

Posesión equivale a decir, poner los pies (en la cosa poseída) y según dijeron los sabios antiguos, posesión es, la tenencia legítima que el hombre tiene en las cosas corporales, y con ayuda del cuerpo, y del entendimiento, así como las servidumbres que tienen algunas heredades (propiedades) de otras, y los derechos por los que demanda un hombre sus deudas, y las otras cosas que son corporales semejantes a ellas, propiamente no se pueden poseer, ni tener corporalmente; mas cuando de ellas aquel a quien pertenece el uso, y consintiéndolo aquel en cuya heredad (propiedad) se encuentra, es a manera de posesión.

Construcción directa, después del último punto y coma: más aún se entiende a manera de posesión, cuando aquel a quien pertenece el uso de ellas, consintiéndolo aquel en cuya heredad se encuentra.

LEY II

Cuántas maneras hay de posesión.

Ciertamente, dos maneras hay de ganar la posesión. Una es natural, y la otra es por otorgamiento de derecho, la que llaman, en latín, civil. Y la natural es, cuando el hombre tiene la cosa por sí mismo corporalmente, si como casa o castillo o heredad, u otra semejante, estando en ella. Y la otra se llama civil es, cuando algún hombre sale de su casa, de la cual es propietario, o de heredad, o de castillo, o de otra cosa semejante, no con intención de desampararla, más aún porque el hombre no puede siempre estar en ella. Aunque entonces, no sea tenedor de la cosa corporalmente es en su voluntad, y con el entendimiento, y le valdrá tanto, como si estuviese en ella por sí mismo.

LEY III

Como puede el ome ganar tenencia de las cofas. 573

Tenencia o poffefsion de las cofas puede ganar todo ome, por fi mifmo, que aya Fano entendimiento. Otrofi los fijos, e los fieruos que tiene en fu poder, la pueden ganar por el; e fus perfoneros. Ca en qual cofa quier que alguno deftos fea apoderado en nombre del padre, o del feñorm o de aqueo cuyo perfonero es gana la tenencia de alguna cofa, demierta que efta en poder de fu padre, que non fea de aquellas que fon llamadas, caftrenfe, vel quafi caftrenfe peculium, uenon tan folamente gana elfijo tal tnencia como EFTA, mas aun el padre, por razon del vfofructo que ha de ayer, en fu vida, en lasa ganancias atales que el fijo faze, fegun dize en el titulo que fabla del poderio que han los padres sobre los fijos.

LEY III

Cómo puede el hombre ganar la tenencia de las cosas. 573

La tenencia o posesión de las cosas las puede ganar todo hombre, por sí mismo, que tenga sano entendimiento. Además los hijos, y los siervos que tiene en su poder, la pueden ganar por él; y sus personeros. También en cualquier cosa en que alguno de estos sea apoderado en nombre del padre o del señor, o de aquel de quien es personero, gana la tenencia el otro, en cuyo nombre lo apoderaron de ella, también como si el mismo la tuviese. También decimos, que si el hijo gana en su nombre la tenencia de alguna cosa demuestra que está en poder de su padre, que no sea de aquellos llamados castrense, o a los bienes particulares cuasi castrenses,[9] las cuales gana no solamente el hijo tal tenencia como ésta, más aún el padre por razón del usufructo que ha de haber, en su vida, en las ganancias totales que el hijo hace, según dice en el título que habla del poder que tienen los padres sobre los hijos.

574 TERCERA PARTIDA. TIT. XXX
LEY IIII

Como el guardador del huerfano, o del loco, o el Oficial del Comun de algun Concejo, gana la tenencia a ellos.

Guardador del huerfano, o del loco, o del desmemoriado o de ome que fueffe defgallador de fus bienes, bien puede ganar la tenencia de toda cofa que ouiere en nombre de aquel que tuuiere en guarda. Effo mfmi dezimos, que fi el Oficial o el Comun de alguna Ciudad, o Villa, que aya a amparar, o a recabdar los derechos Della, gana teneic ade alguna cofa en nombre del Comun cuyo Oficial es, que la gana para quel Comun cuyos sbienes auia de recabdar, tan bien como fi a todos comunalmente ouieffe apoderado della.

574 TERCERA PARTIDA. TIT. XXX
LEY IIII

Cómo el guardador del huérfano o del loco, o del Oficial del Común[10] de algún Concejo,[11] gana la tenencia a favor de ellos.

El guardador del huérfano o del loco, o del desmemoriado, o del hombre que fuese despilfarrador de sus bienes, bien puede ganar la tenencia de toda cosa que hubiere en nombre del aquel que tuviere en guarda. Eso mismo decimos, que si el Oficial del Común de alguna Ciudad, o Villa, que haya de amparar, o recaudar los derechos de ella ganan la tenencia de alguna en nombre del Común cuyo oficial es, que la gana para aquel Común cuyos bienes había de recabar, también si a todos comunalmente los hubiese apoderado de ella.

9 Relativo al ejército o la profesión militar.

10 O sea de la comunidad en general, específicamente la municipal.

11 Ayuntamiento o municipio como corporación municipal o (antiguamente) como casa consistorial.

LEY IX

Que fi alguno enagena fu cofa, o la arrienda de otro, pierde la poffefsion della.

Enagenan los omes, los vnos a los otros, fus hereamientos a las vegadas a tal pleyto, que retienen para fi en toda fu vida el vfofruto dellos o defpues que los han enagenado, ante que apoderen dellos a aquellos a quien los enagenaron, que gana la poffefsion de la cofa aquel a quien es enagenada; e aun ha el feñorio en ella, bien afsi como fi fueffe apoderado corporalmente della. Effo mifmo feria, fi aquel que enagena la cofa, dixeffe: Otorgo, que de aquí adelante tengo la poffefsion della en vuestro nombre.

LEY XII

Como después que ome ha la tenencia de la cofa, siempre fe entiende que es tenedor della , fafta que la desampare con intencion de la no tener.

Defpues que ha ome ganado la tenencia de alguna cofa, siempre fe entiende que es tenedor della, quier la tenga corporalmente, quier non, fafta que la desampare con la voluntad de la non ayer: ca como quier que todavía non la tenga corporalmente la cofa siempre puede fer tenedor della en fu voluntad. E non tan folamente fe entiende, que es ome tenedor de lacota por fi mismo, defpues que es apoderado; mas aun loes por fu Perfonero, o Portu labrador, o Portu amigo, o por fu hefped, o por fu fijo, o por fu fieruo, o por cualquier deftos que la tengan, e vfeu della en fu nombre.

LEY IX

Que si alguno enajena su cosa, o la arrienda de otro, pierde la posesión de ella.

Enajenan los hombres los unos a los otros, sus heredamientos a las vegadas,[12] a tal pleyto,[13] que retienen para sí en toda su vida el usufructo de ellos, o después de que los han enajenado, antes de que se apoderen de ellos aquellos a quienes lo enajenaron, arriéndalos de los compradores. Y en cualquiera de estos casos decimos, que ganan la posesión de la cosa aquel a quien es enajenada; y aun ha (tiene) el señorío de ella, bien así como si fuese apoderado corporalmente de ella. Eso mismo sería, si aquel que enajenaba la cosa, dijese: Otorgo, que de aquí adelante tengo la posesión de ella en vuestro nombre.

LEY XII

Como después de que el hombre ha (cuenta de haber) la tenencia de la cosa, siempre se entiende que es tenedor de ella, hasta que la desampare (abandone) con intención de la no tener (de no tenerla).

Después que el hombre ha ganado la tenencia de alguna cosa, siempre se entiende que es tenedor de ella, quien la tenga corporalmente, quien no, hasta que la desampare con voluntad de no haberla (tenerla) pues como quien que todavía no la tenga corporalmente (materialmente) la cosa, siempre puede ser tenedor de ella en su voluntad. Y no tan solamente se entiende, que es hombre de la cosa por sí mismo, después que es apoderado; más aún lo es por su Personero, o por su labrador, o por su amigo, o por su huésped, o por su hijo, o por su siervo, o por cualquiera de estos que la tengan, y usen de ella en su nombre.

[12] Tierras bajas, llanas y fértiles.

[13] El litigio judicial entre las partes; y antiguamente significó el pacto, convenio, ajuste, tratado o negocio. En el contexto le resulta aplicable el significado de pacto, convenio, tratado.- Escriche Joaquín. *Diccionario Razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II. México, Cárdenas Editor y Distribuidor. 1979.

LEY XIII

Como el feñor de la cofa non pierde la tenencia della, por la desamparar el que la tuuieffe arrendada.

Defamparado algun ome maliciofamente la cofa que tuuieffe arrendada o alogada, porque otro alguno se apoderffe dellas; tal engaño como efte no le empece al feñor la cofa, nin pierde porende la tenencia della: ante dezimos que todo quanto daño o menoscabo, le vinieffe por tal razon como effta, que feria tenudo de gelo emendar a aquel a quien auia alogada, o arrendada la cofa, mas fi elque tuieffe la cofa arrendada, o alogada, metieffe a otro en la tenencia della, con la intencion que la perdieffe el feñor o lo echaffen a el Della por fuerca; en cualquier deftos dos cafos pierde el feñor la tenencia que auia en la cofa, como quier que non pierde el feñorio; e non la puede el defpues entrar por fi mifmo, nin echar al otro della.

Empero puedefe querellar al Judgador del lugar, de quel a quien el arrendo la cofa, o la alogo, fi el apodero della a otro que le tornela cofa con todos los daños, e los menoscabos, que le vinieren por efta razon; e del forcador que la forco, aquel faga enmienda porende, fegund mandan las leyes defte nueftro libro.

LEY XIII

Como el señor de la cosa no pierde la tenencia de ella, por desampararla el que la tuviese arrendada.

Desamparado algún hombre maliciosamente la cosa que tuviese arrendada, o alogada,[14] porque otro alguno le apoderase de ella; tal engaño como este no le perjudica al señor de la cosa, ni pierde por ende la tenencia de ella: antes decimos que todo cuanto daño o menoscabo le viniese por tal razón como esta, sería tenido de gelo (obligado de hecho a enmendar o revocar) aquel a quien había alogado o arrendado la cosa. Mas si el que tuviese la cosa arrendada, o alogada, puesiese a otro en posesión de ella, con intención de que la perdiese el señor o lo echasen de ella; en cualquiera de estos casos pierde el señor la tenencia que tenía en la cosa, como quier (alguien) que no pierde el señorío; y no lo puede él después entrar por sí mismo, ni echar al otro de ella.

Empero puede querellar al Juzgador del lugar, de aquel a quien arrendó la cosa, o la alogó, si el apoderó de ella a otro, que le torne la cosa con todos los daños y los menoscabos, que le vinieren por esta razón; y del forzador que la forzó, que él haga enmienda por ende, según mandan nuestras leyes de este nuestro libro.

El texto alfonsí nos ofrece un concepto claro de posesión; pues como se advierte en el texto que hemos transcrito ya se referían los elementos que después se identificaron con el *corpus* y el *animus*. Así, se comprende cuando en la tercera partida, título XXX, ley I, se alude a *la tenencia legítima de las cosas corporales con ayuda del cuerpo, y del entendimiento*. También advertimos que desde la época en que fue redactado este texto (siglo XIII d. C.) se receptaron los conceptos de poseedor civil y del que ahora llamamos precario o poseedor derivado; se hace referencia a las formas de adquirir la posesión y se establecen algunas reglas sobre estos puntos, que guardan gran semejanza con las previstas en los códigos civiles modernos,

[14] Alogar es sinónimo de arrendar.

lo que no es de extrañarse, puesto que como lo señalamos en los primeros párrafos de este capítulo, la institución jurídica en estudio es de clásico ancestro romano.

1.3 La prescripción en el derecho canónico

A continuación, insertamos los cánones[15] 1508 a 1512 y los comentarios relativos que se refieren a la prescripción, puesto que nos parece que en un trabajo de la naturaleza del presente, es conveniente hacer referencia, al menos de manera somera, a códigos no civiles, en estricto sentido, pero que aportan elementos para un mejor conocimiento de la institución prescriptiva en comento. Por lo demás, como bien lo enseñaba el *venerado maestro* Roberto Cossío y Cosío, como le llamaron sus alumnos de Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Autónoma de México, todo el derecho privado gira alrededor del Derecho Civil; que es éste el que viene a modelar el pensamiento de los grandes juristas, quienes antes de dedicarse a cualquier otra rama del derecho han conocido el Derecho Civil y que para su estudio tiene gran importancia el Derecho Romano, pues no obstante haber pasado ya veinte siglos, los romanos dieron solución a problemas que aún están en boga. "La experiencia se compra, pero siempre cuesta cara; debemos aprovechar, pues, la experiencia de veinte siglos". De igual manera, enfáticamente declara que "Junto al Derecho Romano, hay otro derecho que ha tenido influencia decisiva: el Derecho Canónico". [16]

> 1508. La Iglesia acepta para los bienes eclesiásticos la prescripción como un modo de adquirir algún derecho o de librarse de alguna carga, según está en la legislación civil de la respectiva nación, salvo lo que ordenan los cánones siguientes.

[15] Nos referimos al Derecho canónico de anterior vigencia, al actual.

[16] Cossío y Cosío Roberto. *Primer curso de derecho Civil. (Introducción). Colección de apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX.* Primera Edición, México, publicación a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la benemérita Universidad de Puebla. 2009. pp. XVII; 1 y ss.

Comentario: La Iglesia acepta en parte la legislación civil de cada nación así en este como en otros puntos, según puede verse en los respectivos lugares del Código canónico.

> 1509. No están sujetos a la prescripción:
> 1°. Las cosas que son derecho divino, ora natural ora positivo;
> 2° Las que sólo pueden adquirirse mediante privilegio apostólico;
> 3° Los derechos espirituales, de que no son capaces los legos, si se trata de la prescripción a favor de éstos;
> 4° Los confines ciertos e indudables de las provincias eclesiásticas, de las diócesis, de las parroquias, de los vicariatos apostólicos, de las prefecturas apostólicas, de las abadías, o prelaturas *nullius;*
> 5° Las limosnas y cargas de Misas;
> 6° El beneficio eclesiástico sin título;
> 7° El derecho de visita y de obediencia, de tal forma que los súbditos ni puedan ser visitados ni estén ya sometidos a ningún Prelado;
> 8° El pago del catedrático;

Comentario: No se puede prescribir contra el derecho divino (número 1°)…

> 1510. 1. Las cosas sagradas que se hallan bajo el dominio de los particulares pueden adquirirse mediante la prescripción por personas privadas, quienes, con todo no pueden emplearlas para usos profanos; mas si perdieren la consagración o la bendición, libremente pueden adquirirse para usos profanos que no sean indecentes.
> 2. Las cosas sagradas que no se encuentren bajo el dominio de los particulares, pueden ser prescritas, no por una persona privada, pero sí por una persona moral eclesiástica.
> 1511. 1. Los bienes inmuebles, los muebles preciosos, los derechos y las acciones, tanto personales como reales, que pertenecen a la Sede Apostólica se prescriben en un plazo de cien años.
> 2. Los que pertenecen a otra persona moral eclesiástica, en un plazo de treinta años.

Comentario: Para la prescripción de los demás bienes fuera de los especificados en 1 y 2 del canon hay que atenerse al plazo de tiempo que señalen los respectivos Códigos civiles.

> 1512. Ninguna prescripción vale, si no hay buena fe, no sólo al comienzo de la posesión, sino todo el tiempo de la misma que se requiere para la prescripción.

Comentario: Sabido es que para la prescripción legítima se necesitan cinco condiciones: a) materia apta; b) posesión; c) tiempo; d) título; e) buena fe… para darse ésta es menester que se funde en algún título justo, aunque no sea válido, cual sería p. ej., en la prescripción adquisitiva el haber obtenido un objeto por contrato de compraventa ignorando que el vendedor lo había adquirido merced al hurto. Quiere esto decir que no es necesario que el título sea colorado; basta que sea presunto.[17]

2. Las normas de Derecho Civil en México

Sin pretender hacer historia institucional, es suficiente con señalar que en la época colonial la justicia ordinaria era justicia local, impartida por las autoridades en los negocios civiles y criminales a ellos sometidos, así como las materias no reservadas a los tribunales de justicia extraordinaria. Los juicios podían ser ordinarios, extraordinarios y sumarios; los juicios se dividían en: civil, criminal y mixto, como señala Oscar Cruz Barney.[18] En cuanto a la justicia extraordinaria, ésta era la correspondiente a los fueros personales y de grupo. Su conocimiento en primera instancia estaba reservado a los tribunales de justicia extraordinaria como el Consulado, el Protomedicato, la Inquisición, la Mesta, la Acordada, el Fuero Universitario,

[17] Miguéles Domínguez, Lorenzo, Alonso Morán, Sabino O. p. y Cabreros de Anta, Marcelino C.M.F. *Código de Derecho canónico y legislación complementaria. Texto latino y versión Castellana, con jurisprudencia y comentarios*. Madrid, 1957. pp. 571 y 572.

[18] Cruz Barney Oscar. *Historia del derecho en México,* 2ª ed., décimo primera reimpresión, México, Oxford University Press, 2012. p. 368 y ss.

el Tribunal de Minería, el Fuero Eclesiástico, los Fueros Militar y de Marina y el Juzgado General de Indios.[19]

Al analizar algunas de las normas de Derecho Positivo que se aplicaron en nuestra nación, especialmente desde la Independencia, en particular de las cuestiones civiles, salta de inmediato una cuestión que se relaciona con las normas que se aplicaron antes de la promulgación del primer código civil que, como bien sabemos, data de 1870.

El notable civilista mexicano, Antonio de Ibarrola señala que en el México independiente, sobrevino una época complicada por los constantes cambios de gobierno y de sistemas; así mismo, dice que:

> …para el estudio del problema a los cuales es aplicable la legislación anterior al Código Civil de 1870, tendremos que ceñirnos al siguiente orden: a) leyes de gobiernos mexicanos; b) Leyes de las cartas de España; c) Cédulas, decretos y órdenes posteriores a la Novísima Recopilación; d) Ordenanzas de intendentes; e) Recopilación de Indias; f) Novísima Recopilación, en lo que sea anterior a los dos últimos códigos citados; pues en lo posterior deben ser estos preferidos; g) Fuero Real; h) Fuero Juzgo, según cédula de 15 de julio de 1788, e i) Las partidas.[20]

En este tenor, conviene resaltar que a partir de 1821, año en que se consumó la Independencia, en México, como en un gran número de países, no existía la tendencia de codificar las normas. Así lo resalta Edmundo Iván Lozano Serna, quien citando algunos textos de Antonio Muro Orejón, sostiene que la independencia Mexicana respecto a España fue en todos los sentidos menos en uno: el jurídico. Comentando otro texto de Toribio Esquivel Obregón, señala que el rezago jurídico de México respecto al sistema español durante el mismo siglo XIX. También expresa que una de las mayores aportaciones del efímero Imperio de Maximiliano, fue el imbuir a los juristas mexicanos en las corrientes europeas y con ello arribó

[19] *Ibídem*, p. 371.

[20] De Ibarrola Antonio. *Cosas y sucesiones,* 16a. edición. México, Editorial Porrúa. 2008, pp. 1048 y ss.

a nuestro país, de manera definitiva, el sistema denominado "codificador", continuado bajo el segundo régimen juarista.[21]

Por las razones anteriores, es indudable que los litigios civiles eran resueltos, luego de la consumación de la independencia, conforme a diversos ordenamientos dispersos y normatividad de variada índole, de modo que hasta donde tenemos conocimiento, entonces se acudía a las Leyes de Indias, las Partidas, algunos decretos y en los principios generales del derecho, quedando finalmente la resolución en manos del funcionario y su capacidad para adecuar la causa a otra análoga prevista en alguna norma, incluso de derecho comparado.[22]

El civilista Roberto Cossío y Cosío, afirma que México luego de su intendencia, lógicamente rompió con la subordinación que tenía con la Corona Española y adquirió la facultad de darse la legislación que le conviniera. No obstante, en un principio se continuaron aplicando las disposiciones dadas en España. En cuanto hace al derecho privado, el 22 de febrero de 1822, se nombró una comisión para que confeccionara un código civil que no llegó a tener vigencia. En 1824 nos encontramos el establecimiento de las Juntas de Comercio, suprimiendo el Consulado de Comercio. Después, era tan fuerte la influencia del derecho español, que prevaleció con carácter de obligatorio el Código Mercantil de 1829, dado en España, época en que ya se había consumado la Independencia. En los apuntes de este autor, en relación a estos temas asevera que:

> El primer movimiento serio en materia de derecho privado lo encontramos en el régimen de Santa Anna en 1854, cuando se dio el Código de comercio (Código Lares). Dicho Código representaba un adelanto respecto a las ordenanzas de Bilbao… se derogó en 1855. Es entonces cuando encontramos que se ponían en vigor las Ordenanzas de Bilbao, con la primera disposición legislativa, declarando que estas ordenanzas tenían fuerza obligatoria. A partir de ese momento

[21] Lozano Serna, Edmundo Iván. *El primer Código Penal de Guanajuato (1871).* Amoxcalli.leon.via.mxepikeia

[22] *Ibídem*.

y con la creación de la Constitución de 1857, se empieza a trabajar el derecho privado.[23]

3. La codificación civil en México

Antes de continuar con la exposición de los datos de carácter eminentemente histórico, resulta conveniente hacer hincapié en que la codificación es un gran salto a la modernidad jurídica y es reflejo de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789; que la ley se concibe por los revolucionarios franceses como un valor más que un instrumento, gracias al cual se hacen posibles los derechos y las libertades de todos; que su juridicidad ya no dependerá de su justicia o racionalidad intrínsecas, sino de su positividad; que se concebirá al código, por una parte como un ensamble coherente de disposiciones jurídicas y por otra revestirá un carácter normativo; así mismo, el código deberá ordenar y orientar la libertad e igualdad de los individuos exigida por el Derecho Natural.[24] Posteriormente, aun en esta época, se avanza en esta concepción de los códigos, porque ahora no basta sólo su forma, sino también su contenido, para efectos de su validez. En el *Diccionario histórico judicial de México*, donde se lee que "técnicamente se puede definir código como la ley única que, con un plan, sistema y método, regula alguna rama del Derecho Positivo. Código es cualquier recopilación de reglas o preceptos sobre una materia aun sin ser estrictamente jurídica; así el código de señales de la marina".[25]

Cruz Barney apunta que los primeros esfuerzos codificadores en materia civil de las naciones independientes, siguieron el modelo del *Código Civil* francés; para el estudio de la codificación civil en México, señala cuatro etapas que corresponden a los sistemas federales o centrales que

[23] Cossío y Cosío, Roberto. *Primer curso de derecho Civil. (Introducción).Colección de apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX.* México, publicación a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la benemérita Universidad de Puebla. Primera edición, 2009. pp. 234 y ss.

[24] *Cfr.* Cruz Barney, Oscar. *La codificación en México.* 1ª ed., México, Editorial Porrúa, UNAM, 2010.

[25] Diversos autores. *Diccionario histórico judicial de México. Ideas e instituciones.* T. I. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2010. p. 173.

estuvieron vigentes en el siglo XIX, a saber: 1. Sistema federal (1824-1835) 2. Sistema central (1835-1846) 3. Sistema federal (1846-1853) 4. Constitución de 1857 y bases del Imperio Mexicano (1854-1867). Finalmente se modifica el movimiento codificador y aparecen los códigos civiles de 1870 y 1884.[26] Las comisiones redactoras que culminaron con el *Código Civil del Imperio Mexicano de 1866*, iniciaron su tarea a partir del proyecto de Justo Sierra, el cual fue objeto de minuciosa revisión en tres periodos diversos siendo el emperador Maximiliano de Habsburgo quien solicitó a la propia comisión que continuara con su tarea.

El primer Código Civil mexicano es el Código Civil de Oaxaca, promulgado entre 1827 y 1829, vigente hasta 1837 en virtud de la adopción del centralismo. Le siguieron: el proyecto del Código Civil de Zacatecas, publicado para su discusión en 1829, pero nunca entró en vigor. En el estado de Jalisco, se imprimió la primera parte de lo habría de ser su Código Civil, en el año de 1833. En el estado de Guanajuato se emitió convocatoria de un concurso para la elaboración del Código, en donde se premiaría al mejor, aparentemente sin consecuencias.[27] El primer Código Civil del Distrito y Territorio de Baja California, fue el de 1870. El segundo Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California, fue promulgado por Manuel González, en esa época presidente de México y en uso de la autorización concedida al Ejecutivo de la Unión, por decreto de 14 de diciembre de 1883.

4. Prescripción adquisitiva en la doctrina jurídica

La prescripción adquisitiva según Planiol y Ripert, es un medio de adquirir la propiedad de una cosa, por la posesión prolongada de la misma, durante un tiempo determinado. Para estos autores la palabra prescripción no significa nada. Es una abreviación de la expresión latina *prescriptio longi temporis y longissimi temporis,* de modo que su nombre obedece a que la

[26] *Cfr.* Cruz Barney, Oscar. *Historia del derecho en México*. 2ª ed., México, Décimo primera impresión. Oxford University Press. 2012. pp. 702 y ss.

[27] *Cfr.* Cruz Barney, Oscar. "La codificación del derecho en el estado de Tabasco durante el siglo XIX". En libro *Homenaje a Alberto de la Hera*. Soberanes Fernández, José Luis y Martínez de Codes, Rosa María. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, p. 202.

palabra era escrita al principio de la fórmula. En su tratado elemental de Derecho Civil, exponen diversas notas características de la institución que por su importancia recogemos aquí.

En primer lugar, señalan la necesidad de que haya una posesión, un *animus domini* que sea exenta de vicios; además, se debe establecer un tiempo requerido para usucapir y, para aprovecharse de la prescripción favorable, es necesario que la posesión sea por justo título y de buena fe.[28]

Por su parte, Bonnecase parafrasea la definición del Código Civil francés y dice, en donde se lee que la prescripción adquisitiva o usucapión, es un modo de adquirir la propiedad por medio de una posesión prolongada durante un plazo determinado. A este propósito comenta que por lo general, cuando se habla de usucapión, únicamente se consideran los inmuebles y que, sin embargo, también opera perfectamente en relación a los muebles, cuando el poseedor es de buena fe. Posteriormente se refiere a las condiciones necesarias a fin de que se produzca, pero éstas las trataremos en apartados siguientes.

Asegura que "la posesión conduce a la prescripción únicamente bajo ciertas condiciones: 1º. Es necesario que se trate de la posesión propiamente dicha… en oposición a la detentación; 2º. …Se requiere una posesión exenta de vicios...: discontinuidad, violencia, clandestinidad y equívoco; Por último, la posesión que comienza a correr al día siguiente de su existencia, debe tener determinada duración".[29]

En otro sentido se expresa Pericles Namorado Urrutia, para quien la prescricpión, "llamada usucapión en el Derecho Romano, es el medio para adquirir la propiedad, dominio o señorío de una cosa inmueble o mueble, o de un derecho, siempre que aquellas y éste sean susceptibles de apropiación mediante el ejercicio de la posesión en concepto de dueño y en forma pacífica, continua, pública y cierta, durante el tiempo indicado en la ley".[30]

Rojina Villegas dice que el principal efecto de la posesión originaria, es adquirir la propiedad mediante la prescripción, luego dice que: "La

[28] Planiol Marcel y Ripert Georges. *Tratado elemental de derecho Civil.* Traducción, José M. Cajica Jr., tomo III. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998, pp. 342 y ss.

[29] Bonnecase Julián. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo I, traducción José M. Cajica Jr., México, Cárdenas Editor y distribuidor, 1998. pp. 659 y ss.

[30] *Ibídem*. pp. 240 y ss.

prescripción adquisitiva, llamada por los romanos usucapión, es un medio de adquirir el dominio mediante la posesión en concepto de dueño, pacífica, continua, pública y por el tiempo que marca la ley". Señala que hay un requisito de la posesión originaria para prescribir, elemento esencial y condición *sine qua non* para adquirir el dominio. Este requisito consiste en poseer *animus dominii,* poseer en concepto de propietario: además de que la posesión debe tener las otras cualidades de pacífica, continua, pública y cierta.[31]

Ernesto Gutiérrez y González critica la terminología gramatical de los códigos, ya que la usucapión –dice– debe circunscribirse a la prescripción adquisitiva y usarse simplemente prescripción para la llamada negativa o liberatoria. Luego, en cuanto al concepto, afirma que para la usucapión del derecho real de propiedad en especial, se debe entender de esta manera: "usucapión es una forma de adquirir el derecho real de propiedad mediante la posesión de la cosa en que recae, de una manera pacífica, y con la apariencia de continua, pública y a título de dueño, por todo el tiempo que exige la ley".[32]

Floris Margadant, citando algunos textos del *Digesto*, dice que la *usucapio* es la adquisición de la propiedad mediante posesión continua durante un plazo fijado en la ley *(ususcapio est adjectio dominio, per continuationem possessionis temporis lege definiti)*, que exige que el titular de un derecho lo pierda si durante cierto tiempo no se opone a la invasión de su derecho, de manera que, por otra parte, quien ejercita un derecho, aunque no sea su legítimo titular, lo adquiera –en determinadas circunstancias– por el mero transcurso del tiempo.[33]

Si acudimos al ya mencionado diccionario de Escriche,[34] se dice que para que tenga lugar la prescripción, son necesarios, hablando en general, cinco requisitos, a saber: que haya justo título, buena fe, que la posesión

[31] Rojina Villegas Rafael. *Derecho Civil mexicano.* Tomo III, volumen 2, cuarta edición corregida y aumentada, México, Cárdenas Editor y distribuidor, 1996. pp. 269 y ss.

[32] Gutiérrez y González Ernesto. *El patrimonio.* Novena edición, México, Editorial Porrúa, 2008. pp. 281, 282. 626 y ss.

[33] Margadant S. Guillermo F. *El Derecho privado romano,* 4ª ed., corregida y aumentada. México, Editorial Esfinge, S.A. 1960. p. 267.

[34] Escriche Joaquín. *Diccionario razonado...* p. 1369.

sea continuada, que el tiempo esté tasado por la ley y que incluya la prescriptibilidad de la cosa.

Cabe decir que siendo la prescripción una forma de la adquisición por la posesión prolongada es necesario que cuente con las siguientes cualidades: los hechos deben constituir la posesión *ad usucapionem*, debe transcurrir, como dicen los anteriores autores, un cierto plazo, una cierta prolongación de estos hechos; además, es necesario que la eficacia de la posesión prolongada no sea contrariada, cuestionada o aniquilada, ya por la interrupción, ya por la suspensión de la prescripción. Por último, es necesario que la prescripción haya sido invocada formalmente.[35]

Como bien hemos podido advertir, existe una coincidencia casi unánime de los requisitos que deben concurrir para que opere la prescripción adquisitiva o usucapión, voces que nosotros utilizamos como sinónimas. Estos requisitos apenas son matizados por los tratadistas acabados de citar, como se advierte en las definiciones que hemos recogido pero en esencia son recurrentes al puntualizar los elementos indispensables de la usucapión. En todas las definiciones, se parte de la idea de posesión calificada, la que identifican con la posesión civil. Esta posesión cualificada tiene íntima relación con los conceptos de título y de justo título. Las otras notas que le siguen son: la posesión pacífica, que se relaciona con el vicio de la violencia; la posesión continua, que tiene que ver con temas como la interrupción y la suspensión; la posesión pública, siempre en correspondencia con el ocultamiento o clandestinidad y la de posesión cierta, referente a la vicio de equivocidad o del equívoco. Es conveniente advertir que la prescripción puede operar independientemente de que se posea de buena fe o de mala fe y de que se tenga o no un justo título. Pasemos a examinar con mayor detenimiento esas notas.

4.1 Posesión civil

Para reflexionar sobre esta tópica tomemos como botón de muestra el Código Civil para el estado de Guanajuato, que dispone en su artículo 1074 que "sólo la posesión que se adquiere a título de dueño de la cosa

[35] Colin Ambroise y Capitant Henry. *Derecho Civil, bienes, patrimonio y derechos reales.* México, Editorial Jurídica Universitaria, S. A. y Asociación de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 634.

o derecho poseídos, y se disfruta con ese fundamento, puede producir la prescripción adquisitiva". Complementa esta disposición, lo preceptuado en el diverso numeral 1236, de la legislación en cita, en tanto dice que la posesión apta para prescribir debe ser: "I.- CIVIL, en términos de la parte final del artículo 1039. Este artículo dice que 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 la posesión civil; el otro una posesión precaria".

Como puede observarse legislador guanajuatense elevó a norma de Derecho Positivo diversos principios: 1) Sólo la posesión que se adquiere y disfruta a título de dueño, es apta para prescribir 2) existen poseedores originarios, que vienen a ser los que detentan el derecho de propiedad 3) hay ocasiones en que el derecho de propiedad se "desdobla" y por ello existen también poseedores derivados 4) son poseedores derivados, los que retienen temporalmente la cosa, a virtud de un acto jurídico que les confiere esa calidad, como el usufructo, el arrendamiento, la prenda, el depósito, etc. pero carecen de lo que se conoce como dominio. Aquí es importante advertir que el lenguaje del código utiliza el término "precario", que desde luego, pues el término técnico-jurídico correcto es de poseedor derivado, aun y cuando no existe uniformidad en cuanto a los vocablos.[36] En este contexto, ese tipo de poseedores no podrán, con ese título, convertirse nunca en propietarios, porque no es apta su posesión para producir la prescripción. 5) el detenido examen del precepto, nos revela que no reconoce, o al menos no refiere siquiera a los simples detentadores.

4.2 La posesión apta para prescribir

En el capítulo anterior,[37] señalamos que existen dos teorías antagónicas (al margen de la ecléctica), la subjetiva y la objetiva; las cuales admiten que para la existencia de la posesión, es necesario, en principio el *corpus,* unida al *animus dominii*. Planiol y Ripert, según advertimos, aseguran

[36] Ver Capítulo primero, *supra* I y II.
[37] Ver Capítulo primero, *supra* X.

que el *animus* o elemento incorpóreo, es la intención del que posee, de obrar por su propia cuenta. Sailelles, quien formuló una teoría ecléctica de la posesión, considera esencial el elemento *animus dominii,* para considerar que alguien es poseedor, al decir: "la posesión es la realización consciente y voluntaria de la apropiación económica de las cosas". En resumen: para los fines de la usucapión, la intención juega un papel decisivo; aunque para Savigny, consista en la voluntad de poseer una cosa como dueño; para Ihering, el propósito de explotación económica y para Sailelles, con ciertas variantes de las teorías objetiva y subjetiva, la apropiación económica de la cosa.

Así, el depositario, el arrendador o el comodatario, cuando reciben la cosa, no adquieren la posesión apta para prescribir, porque sus intenciones son la de tenerla para otro. Ortolán, agrega, como un elemento que forma parte para estar en aptitud de calificar a alguien de poseedor civil, la necesidad de que concurra la conciencia de que se posee en forma originaria. Hace referencia al *Intellectus Possidendi* y argumenta que el niño, el furioso o la persona dormida, no tienen la posesión de la cosa que tienen en sus manos porque no tienen la inteligencia de este hecho, según hemos visto en el anterior capítulo.

Así, como corolario, diremos que utilizando el lenguaje del código guanajuatense, puede usucapir sólo quien tiene la posesión civil, quien ha adquirido a título de propietario, lo que equivale a decir a título de dominio, según expresión que también se usa como voz sinónima, (o quien al menos en apariencia se conduce como dominador del bien, aun cuando este es un punto a discusión).

4.3 Título y justo título

Íntimamente relacionado con el tema anterior, se encuentran las nociones de título y justo título. Escriche[38] sostiene que para que tenga lugar la prescripción, es necesario, en primer lugar el justo título, es decir una causa capaz de trasladar el dominio; sin embargo, antes de adentrarnos en mayor detalle a este concepto, es conveniente tener en cuenta las defini-

[38] Escriche, Joaquín. *Ob. Cit.,* p. 1369.

ciones legales de título y de justo título. Para ello, insertamos la letra de los preceptos relativos:

> Art. 1055.- Se entiende por título la causa generadora de la posesión.
> Art. 1251.- Se entiende por justo título el acto jurídico adquisitivo de la posesión en concepto de dueño.

En esta parte, es imprescindible apuntar y distinguir las diversas concepciones que se tienen cuando se utiliza la voz "título", porque polisémica. Así decimos que alguien se tituló de abogado y con ello queremos expresar que le ha sido reconocido un grado académico; también, con frecuencia, acude a nuestra mente, al oír la palabra título, el documento donde se hace constar el derecho; en estos casos realmente nos estamos refiriendo al instrumento, muchas veces notarial y no a la causa por la que se generó la posesión.

En el *Vocabulario de jurisprudencia*, de Isidro A. Montiel y Duarte[39] se dice que título es el signo legal del derecho que tenemos para pedir algo, o mejor dicho, el hecho que funda la adquisición de una cosa. Y se refiere al título colorado que es el hábil para trasladar el dominio, pero que no produce ese efecto por no ser verdadero, como cuando tenemos un título de compra que no fue hecha al verdadero dueño. También incorpora las voces título particular que es el que tiene el legatario del usufructo de una cosa determinada. Título presunto, es aquel que el derecho presume, título putativo, el que se juzga que existe pero que no es hábil por no ser traslativo de dominio, como el de préstamo que se cree ser de donación.

Manuel Mateos Alarcón,[40] siguiendo esta línea del jurista mexicano, comenta que los autores han distinguido el título verdadero del no verdadero y que éste puede ser colorado, putativo o presunto. Es título verdadero aquel que por sí sólo tiene eficacia bastante para transferir el dominio, sin la necesidad de la prescripción; como por ejemplo: la compraventa de una cosa celebrada con el verdadero propietario de ella. En cuanto al colorado,

[39] Montiel y Duarte, Isidro A. *Vocabulario de jurisprudencia.* Ed. original, México, Imprenta de la V. e hijos de Murgía. 1978. Ed. facsimilar, México, SCJN. 2007, p. 230.

[40] Mateos Alarcón, Manuel. *Estudios sobre el Código Civil Federal (de 1870).* Tomo II. México, Ed. original librería de J. Valdez y Cueva, México, 1885. Ed. facsimilar, México, SCJN. 2004. pp. 340 y ss. 4.

dice que es aquel que, apareciendo como verdadero, no tiene por si sólo eficacia bastante para transmitir el dominio del acto, como acontece, por ejemplo en la compraventa de una cosa celebrada con una persona a quien se creía dueña de ella sin serlo. El putativo es aquel que se supone que ha precedido a la adquisición de una cosa, cuando en realidad no ha existido. Recurre al mismo ejemplo que Montiel y Duarte y menciona el caso del comodato, cuando el aceptante considera erróneamente que se le había donado. Título presunto es el que presume que intervino en la adquisición de la cosa aunque realmente puede no haber intervenido; por ejemplo; en la prescripción de treinta años, en la que el lapso de tiempo tan largo es considerado por la ley, por sí sólo, como título suficiente para acreditar el dominio.

Por razones evidentes, el título verdadero no interesa para la prescripción, porque ya es perfecto. El colorado sí, porque presupone que el adquirente la hizo suyo de buena fe, creyendo que la cosa era de quien se lo transfirió. También, es útil para la prescripción, el título putativo, si se funda en una causa legítima de error, conforme a nuestra legislación (artículo 1053 del Código Civil del estado de Guanajuato).

En cuanto a los autores considerados ya clásicos, mencionamos las ideas de Planiol y Ripert,[41] quienes apuntan que no hay que confundir cuando se habla del título del poseedor, al acto jurídico (*negotium*), que constituye verdaderamente el título, con el documento o *instrumenta*, lo que es muy diferente. Así, no importa que el poseedor tenga o no título escrito (documento). En este contexto, para estos autores, el título de los poseedores será el acto jurídico "en virtud del cual se posee". Debe ser traslativo de dominio, en otras palabras, capaz de hacer adquirir la propiedad.

Bonnecase[42] sostiene que elementos constitutivos de la posesión son: 1º. Elemento material (*corpus*); 2º. Elemento psicológico *animus*… El *corpus* es un elemento material representado por el conjunto de hechos que revelan la posesión. El *animus*… Es la intención en el autor de los actos materiales relativos a la cosa, de manejarse como propietario de ésta, o como titular de cualquiera otro derecho real sobre la misma, y no simple-

[41] Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Ob. Cit.,* p. 111.

[42] Bonnecase, Julián. *Ob. Cit.,* p. 635 y ss.

mente la de ejercer sobre ella un dominio de hecho". Milcíades Cortés,[43] transcribe las siguientes definiciones de algunos eminentes jurisconsultos colombianos. Los autores y las definiciones son las que en seguida se insertan: "Se denomina *justo título* una causa de adquisición del bien, reconocida como legítima por la Ley" (Eduardo Rodríguez Piñeres, *Derecho Civil colombiano*, tomo III). Entre otros cita aquel que dice que por justo título se entiende el que tiene existencia jurídica. Justo título es sinónimo de título legal: título conforme a la ley" (José M. González Valencia, conferencias dictadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional) y aquel otro que señala que es la causa en virtud de la cual poseemos alguna cosa de acuerdo a las leyes" (Fernando Vélez, *Estudio sobre el Derecho Civil colombiano*, tomo III).

El autor en cita, Milcíades Cortés, aventura su propia definición en estos términos: "El justo título del poseedor con derecho de dominio podría definirse así: Justo título es una causa eficiente que unida al modo, genera la adquisición perfecta del derecho." Explica que al hablar de causa eficiente, excluye la posibilidad de que en la definición se comprenda lo que en la doctrina se conoce como título putativo.

En síntesis podemos decir que la posesión civil, es decir la que es apta para prescribir, además del elemento (*corpus*), se necesita la concurrencia del otro, al que algunos llaman psicológico (*animus*) y que fundamentalmente se traduce en la creencia del poseedor de retener la cosa en calidad de dominador, esto es, saberse detentador de la cosa por haber adquirido a título de dueño. En esta parte es necesario hacer énfasis a que no se trata de que el poseedor, *motu proprio,* pretenda ser el dominador de la cosa, sin que en realidad y a sabiendas, no ha ocurrido acto jurídico alguno por el cual se le haya transferido tal dominio; es decir, sólo porque algún buen día se le ocurra sentirse dueño. Al respecto, los juristas romanos acuñaron la máxima: *Nemo ipse causam possessionis mutare potest*.[44] Estas ideas fueron receptadas por la Tercera Sala del más alto tribunal de la nación, al resolver el juicio de Amparo 2282/95345.

[43] Cortés, Milcíades. *La posesión. Reimpresión de la cuarta edición.* Bogotá, Colombia, Editorial Santa Fe, 1999, pp. 17 y ss.

[44] *Cfr.* Margadant S., Guillermo F. *Ob. Cit.,* p. 229.

[45] Dato tomado de Rojina Villegas, Rafael. pp. 252 y 253.

Finalmente, es muy importante recalcar que una cosa es justo título y otra muy distinta solamente título. Insistimos: por lo último (título), se entiende, la causa generadora de la posesión y por lo primero (justo título), el acto jurídico adquisitivo de la posesión en concepto de dueño.

Posesión pacífica

Conforme a la legislación vigente las definiciones legales, se contienen en los numerales que en seguida se insertan:

> Art. 1071.- Posesión pacífica es la que se adquiere sin violencia.
> Art. 1253.- Cuando la posesión se adquiere por medio de violencia, aunque esta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo para la prescripción será de veinte años para los inmuebles y diez para los muebles, contados desde que cese la violencia.

Los autores advierten que para ser eficaz la posesión con miras a usucapir, ésta debe estar exenta de vicios; así Bonnecase[46] dice que se llaman vicios de la posesión a aquellos defectos que sin recaer sobre la existencia propiamente dicha de la posesión, la privan de ciertas consecuencias jurídicas que normalmente produce. Estos vicios son cuatro: 1º. La discontinuidad; 2º. La violencia; 3º. La clandestinidad y 4º. El equívoco.

Antonio de Ibarrola[47] por su parte dice: "se llaman vicios de la posesión, ciertas maneras de ser de la misma, que la priva de surtir sus efectos normales". Advierte que los códigos no hablan de ellos, sino de las cualidades que debe tener la posesión. En cuanto a lo que deba entenderse por violencia, la define como la fuerza que se usa contra alguno para obligarle a hacer lo que no quiere, por medios a los que no puede resistir. Agrega que hay verdadera violencia cuando es capaz de hacer impresión a una persona razonable, inspirándole temor de exponer su fortuna o su persona, o las personas a quienes ama, a un mal grave y presente. De esa definición nos surge la inquietud de indagar si la violencia a que se refiere la ley, se entiende, deba ejercerse sobre las persona o sobre las cosas, puesto

[46] Bonnecasse, Julien. *Ob. Cit.,* p. 636.
[47] Ibarrola, Antonio de. *Ob. Cit.*, pp. 227 y ss.

que la impresión que nos queda luego de leer tal definición, parece que se centra sobre la persona del propietario, o pesando amenaza de ruina sobre sus bienes.

Desde nuestro particular punto de vista, consideramos que, sin lugar a dudas, cuando se entra a poseer ejerciendo actos de violencia en contra de la persona del propietario no se cumple con el requisito de que la posesión sea pacífica; pero también estimamos que cuando se ejerce violencia en contra de las cosas, por ejemplo, en el caso de que se rompan puertas o cerraduras a fin de entrar en una finca que se quiera usucapir, deberá aplicarse la regla que se requieren veinte años para que opere, contados a partir de que la violencia cese.

Desde diverso ángulo se presentan las interrogantes de a) se exige que sólo en el momento en que se entra a poseer; b) si después de entrarse a poseer pacíficamente se hacen actos de violencia para defender la posesión o para recuperarla, con ello se evita la procedencia de la prescripción, o es requisito la posesión pacífica permanente; c) es posible purgar el vicio de la violencia; d) conforme a nuestra legislación es de carácter relativo el vicio de la violencia. En relación con esta problemática tenemos:

A. Crítica de orden gramatical al artículo 1071, del Código Civil del estado de Guanajuato

Este precepto, en apariencia, orienta a la idea de que sólo la posesión que se adquiere sin violencia, es la apta para que opere la prescripción; sin embargo, esto no es así, puesto que el diverso numeral 1253, de la codificación en cita, frontalmente contradice lo anterior, en la medida en que permite, a pesar de que se entre a poseer con violencia, sí opere la usucapión, cuando la violencia cese. Como mera crítica de orden gramatical, apuntamos que malamente establece el precepto que cuando la posesión se adquiere por medios violentos "…aunque esta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo para la prescripción será…", cuando, en todo caso debiera decir que cuando se entra a poseer violentamente…cuando esta cese, o en caso de que esta cese, puesto que al emplear la expresión "aunque", se da a entender que no operaría aun y cuando la violencia cese.

B. La posesión pacífica permanente no es indispensable para que opere la usucapión

Si después de entrarse a poseer pacíficamente se hacen actos de violencia para defender la posesión o para recuperarla, con ello no se evita la procedencia de la prescripción adquisitiva, es decir que, definitivamente, no es requisito la posesión pacífica permanente, ni aun en la legislación francesa, que contiene un precepto (Art. 2233) que dice "Los actos de violencia no pueden originar una posesión capaz de producir la prescripción" porque también se contiene la norma que orienta a sostener (como la nuestra) que tan pronto como la violencia cesa, comienza la posesión útil.[48]

En otro orden de ideas, tenemos que la violencia puede ser: a) defensiva b) no defensiva y la defensiva a su vez puede subdividirse en: 1) violencia pasiva y 2) violencia activa. La violencia no defensiva, se da cuando el poseedor recurre a ella, para recuperar su posesión. En tales casos se vicia la posesión y se hace inepta para la prescripción. En cambio, es indiferente la violencia defensiva, ya sea activa (cuando el poseedor mismo comete actos de violencia para mantenerse en la posesión) o pasiva (cuando el poseedor sufre vías de hecho, sin ejecutarlos el mismo, actos de violencia) porque se dice, es inadmisible que pueda depender de un tercero convertir su posesión en viciosa, ejecutando vías de hecho contra él.

4.4 La legislación actual no exige forma determinada para purgar el vicio de la violencia

Los autores en los cuales nos apoyamos, siguiendo la idea del apartado anterior, afirman que la posesión útil para prescribir inicia en el momento en que la violencia ha cesado, entonces no tiene que purgarse ese vicio, como ocurría en el Derecho Romano, según el cual la posesión adquirida con violencia, permanecía viciosa siempre y que para purgarla de este vicio, era necesario que volviese a manos de su legítimo poseedor. En nuestro medio, para purgar este vicio, el Código anterior,[49] en precepto expreso decía que cuando la posesión se adquiriera por violencia, sólo hasta que jurídicamente

[48] Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Ob. Cit.*, pp. 104 y ss.
[49] *Cfr.* Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.,* p. 283.

se hubiera declarado que había cesado, comenzaba la posesión útil; es decir, se requería una declaración Judicial para considerar que había cesado la violencia.

Como conclusión preliminar de lo hasta aquí expuesto, hemos de señalar que conforme a nuestra legislación es de carácter relativo el vicio de la violencia. En realidad, cuando suceden los supuestos de esta hipótesis y comienza la posesión útil, la consecuencia es que prácticamente, la posesión se considere de mala fe, porque el precepto trascrito en párrafos anteriores (Art. 1253), señala que el plazo para la prescripción será de veinte años para los inmuebles y diez para los muebles, contados desde que cese la violencia, como lo hace notar, al comentar preceptos similares a los receptados en nuestro código, Pericles Namorado Urrutia.[50]

5. Los conceptos de continuidad y de interrupción

El ilustre civilista Rojina Villegas, dice que en Derecho Francés se considera que la posesión es continua, cuando el poseedor ejecuta en una forma constante los actos materiales de uso, goce y disfrute y, en contrapartida, se interrumpe cuando deja de ejecutar esos actos. Esto da idea de que no debe haber intervalos largos en que se dejen de ejecutar tales actos. Así Planiol y Ripert, comentan que el parámetro sería el comportamiento asemejado a un propietario, cuidadoso de obtener todo el provecho posible de su propiedad.

Rojina hace notar que es muy difícil probar el que se ha poseído a través de los años, momento a momento, de acuerdo a la naturaleza del bien que se pretende prescribir. Se trata de pruebas que rigurosamente deben acreditar circunstancias que ocurren cotidianamente, lo que a su juicio, motivó que el Derecho Español, optara por buscar soluciones prácticas, y entonces consideró que posesión continua es aquella no interrumpida y que en ese contexto, sólo podía interrumpirse la prescripción por los medios específicamente enumerados en la ley. Ante estos dos sistemas, (el francés y el español) las legislaciones de 1870 y 1884, adoptaron el

[50] Namorado Urrutia, Percles. *Ob. Cit.,* pp. 242 y 243.

español.[51] Lo propio debe decirse, en principio, con el sistema aceptado por el legislador de la entidad federativa nuestra, como se corrobora con la letra del precepto 1072 y con el listado de los supuestos de interrupción, contenido en el diverso numeral 1265, del siguiente tenor:

> Art. 1265.- La prescripción se interrumpe:
> I.- Si el poseedor es privado de la cosa o del goce del derecho por más de un año.
> II.- Por demanda o cualquier género de interpelación judicial notificada al poseedor o al deudor en su caso.
> Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella, o fuese desestimada su demanda.
> III.- Porque la persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresamente, de palabra o por escrito o tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quien prescribe.

6. Interrupción natural e interrupción civil

En cuanto a las enseñanzas de los tratadistas, Planiol y Ripert[52] la definen como "la supervivencia de un hecho que, destruyendo una de las dos condiciones esenciales de la usucapión (permanencia de la posesión, inacción del propietario), hace inútil todo el tiempo transcurrido". Luego afirman que los hechos que destruyen las condiciones requeridas para usucapir son: I) La pérdida de la posesión y II) la reclamación del propietario. De ahí deriva que la interrupción puede ser 1) natural y 2) civil.

La interrupción natural corresponde a la pérdida de la posesión, mientras que la interrupción civil, se presenta o tiene lugar, cuando existe una reclamación judicial o por reconocimiento emanado del poseedor.

En cuanto a la interrupción natural, se afirma que tiene dos variantes: de una parte, cuando se pierde voluntariamente, abandonándola o renunciando a ella; de otra, cuando le es quitada por un tercero, en el

[51] Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.,* p. 286 y 287.
[52] Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Ob. Cit.,* pp. 360 y ss.

entendido de que, conforme a la fracción I del artículo 1265 del Código de la entidad federativa, antes inserto, debe transcurrir un año. Es pertinente apuntar que sostienen los autores en quienes nos apoyamos en este apartado, que si se le priva de la cosa, no importa que ésta provenga de un tercero o del propietario mismo. Aquí es importante tener presente la letra del artículo 1273 del Código Civil guanajuatense, del siguiente tenor:

> Art. 1273.- El efecto de la interrupción es inutilizar, para la prescripción, todo el tiempo corrido antes de ella.

Es importante recordar lo dispuesto por el numeral trascrito, porque cuando es privado de la posesión por el propietario mismo, lo primero que nos viene a la mente, es pensar que más que interrupción, estaremos en presencia de una pérdida definitiva de la posesión. Empero, debe observarse que la pérdida de la posesión de quien pretende usucapir y la consecuente decisión judicial de regresar el bien a su propietario, es resultado de las acciones restitutorias que se hubieren ejercido.

Esta última bifurcación, la de los incisos a) y b), es importante porque tiene efectos distintos, puesto que, mientras que en el caso de abandono voluntario, el tiempo anterior se pierde de una manera definitiva, aun cuando posteriormente se recupere el bien y por corto que haya sido el lapso de la interrupción. En cambio, cuando le es quitada por otra persona y se logra recobrar, ejerciendo una acción posesoria, el lapso de la interrupción se borra.

Aquí cabe señalar que si bien las ideas expuestas, tienen como referencia el Derecho Francés y en cambio, el Código guanajuatense (como luego veremos, se afilia sustancialmente al español) en nuestro código, existe el precepto 1052, que recoge estas ideas y "borra" el lapso de la interrupción, en tanto preceptúa:

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

En cuanto a la interrupción civil, cabe señalar que ésta se produce sustancialmente, ya sea por una acción ejercida por el propietario o bien cuando existe un reconocimiento emanado del poseedor. Conviene advertir que

una cosa es que el poseedor abandone voluntariamente el bien –interrupción natural– a que voluntariamente reconozca el derecho del propietario –interrupción civil–. En el primer caso, simplemente deja de detentar la cosa, deja de poseer (abandona el *corpus*); en cambio, en el segundo, eventualmente puede continuar en la posesión del bien, pero sin tener u ostentarse con el carácter de poseedor civil (abandona o se elimina elemento *animus*), aunque bien puede suceder que con motivo del reconocimiento, simultáneamente, se abandone la tenencia del bien.

7. Problemas relativos a la interrupción civil

Los comentarios relativos a la interrupción civil los referimos a la fracción II del artículo 1265 de la legislación en cita, puesto que en esa fracción se disponen de manera tajante que se interrumpe la posesión por demanda o cualquier otro género de interpelación judicial notificada al poseedor o al deudor en su caso. En este sentido la letra de la ley es clara; sin embargo, las dificultades en la práctica se presentan, cuando se relaciona con el párrafo siguiente de ese precepto legal, en cuanto dice: "Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella, o fuese desestimada su demanda"; porque, en principio, debe determinarse el alcance de la expresión interpelación judicial notificada al poseedor y además pueden suceder varios supuestos; entre la problemática, destacan los cuestionamientos siguientes, a los que debe encontrarse jurídica respuesta: 1) ¿el plazo queda interrumpido por el emplazamiento que a la postre se declara nulo por defecto en la forma? 2) ¿la interpelación judicial comprende los casos de las medidas precautorias? 3) ¿la citación a los procedimientos conciliatorios ante la llamada justicia alternativa son eficaces para interrumpir el plazo prescriptivo? 4) ¿La demanda presentada ante tribunal incompetente tiene esos efectos interruptores del plazo requerido en la prescripción adquisitiva? 5) ¿Si caduca la instancia, se interrumpe el término de la prescripción? y 6) ¿lo interrumpe una demanda, cuando a la postre desiste el actor? 7) ¿La posesión deja de ser continua, cuando el poseedor la entregue a otro en prenda o hipoteca? 8) ¿Qué debe entenderse por demanda desestimada?

7.1 Presentación de la demanda e interpelación judicial. Planteamiento del problema

Debe recordarse que conforme al dispositivo 1260, fracción II, en comento, al disponer que la presentación de la demanda o cualquier género de interpelación judicial, seguido del emplazamiento, interrumpen el lapso prescriptivo. Así tenemos que al utilizar la "o" disyuntiva, hace una separación entre la presentación de la demanda y la interpelación, lo que nos lleva a una solución diferente, a la hipótesis de si usara una "y" copulativa. En el primer caso, es correcto, conforme a la letra de la ley, que la sola presentación de la demanda interrumpe el plazo, sin necesidad de ningún otro elemento, como pudiere ser el auto admisorio, y menos aún, porque no se exige, que se corra traslado o llame a juicio a la contraria; esto precisamente porque se asila el caso de la presentación de la demanda por la "o" disyuntiva, con el de diverso de interpelación. En otras palabras: la presentación de la demanda no necesita de emplazamiento u otro tipo de notificación; en cambio la interpelación sí.

7.2 El criterio jurisprudencial

La Suprema Corte de justicia de la Nación, en tesis de jurisprudencia que aparece publicada en el apéndice a las fallos de 1917 a 1995, sostuvo el criterio que aquí se apunta, según se lee le la tesis que en seguida se inserta:

> PRESCRIPCIÓN, INTERRUPCIÓN DE LA, POR LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.- La presentación de la demanda interrumpe la prescripción, por la consideración de que no es culpa del actor, después de haber hecho una manifestación de no dejar dormido su derecho frente al deudor, ni le es imputable, la tardanza o dilación de hacer el emplazamiento, porque esa es ya cuestión de la autoridad.[53]

[53] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*. Fallos 1917-1995, tomo IV, Primera Parte, tesis 322, p. 218.

8. El caso de la interpelación judicial

Ya hemos separado la hipótesis de presentación de la demanda con la de interpelación judicial. Entonces, de inicio, debe recordarse que la ley prescribe que la interrupción del plazo prescriptivo operará con cualquier género de interpelación judicial, seguido del emplazamiento. De lo anterior surge la interrogante de precisar qué fecha debe tenerse como punto de partida para el efecto de computar el lapso de referencia, si es la de la presentación de la promoción que contenga tal interpelación, o el día en que se practique el emplazamiento, que es la interpelación judicial por excelencia. (Artículo 337, fracción IV, del Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato.

9. El caso del emplazamiento nulo por defecto en la forma

Planiol y Ripert,[54] se refieren a este problema, al comentar el artículo 2247, de la legislación francesa, que expresamente señala que queda interrumpido el plazo; sin embargo, en nuestro derecho no existe expresa disposición. Empero y al margen de la anterior, en nuestra opinión, ciertamente, si se declara nulo el emplazamiento por defecto en la forma o por defecto de otro tipo, nada importa porque, es la fecha de presentación del ocurso la que debe tenerse en cuenta para efectos de interrumpir el lapso de prescripción y la notificación es sólo requisito de eficacia.

Insistimos: es verdad que el artículo 1265, fracción II, del Código Civil para el estado de Guanajuato, dispone que la interpelación judicial, debe ir acompañada de la notificación correspondiente, se entiende, para que surta efectos la interrupción del plazo prescriptivo. Ahora bien, hemos dicho ya que la *ratio legis* de los preceptos que contemplan la figura jurídica de la usucapión, tienen su fundamento en dos circunstancias: una el desinterés del propietario y la otra que se suma a la anterior, es la posesión civil de quien pretende prescribir, de modo que al hacer su aparición y manifestarse el interés del legítimo propietario, surge la eliminación de una de las dos condiciones apuntadas que dan sustento a la institución,

[54] Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Ob. Cit.,* pp. 365.

así es la fecha de la presentación del ocurso ante la autoridad judicial la que debe tenerse como punto de partida para el cómputo prescriptivo. De otra manera se produciría un estado de incertidumbre e indefensión para el propietario, porque dependería de la celeridad con que actuara la autoridad judicial y sería incierto el tiempo que transcurriría para hacer la notificación, lo que se torna en inaceptable. Desde este ángulo, la notificación sólo viene a constituir un requisito de eficacia para que surta los efectos de interrupción, deseados por quien interpela, pero no es esa fecha la que debe tenerse en cuenta, ya que no tiene ninguna justificación de ser que sea razonablemente adecuada.

A este respecto Planiol y Ripert, afirman que son dos las condiciones esenciales de la usucapión (permanencia de la posesión, inacción del propietario), de modo que al destruirse una, hace inútil todo el tiempo transcurrido.[55] De esta forma, adoptando las ideas de los citados civilistas franceses cabe reiterar lo antes dicho, en el sentido de que, cuando se presenta una promoción ante autoridad judicial que a la postre se ha de notificar a quien pretende hacer valer la prescripción, es esa fecha la que interrumpe el plazo, sin importar que aún no se instaure ni presente formal demanda de reclamo sobre la propiedad ni se inicie propiamente el juicio contencioso, porque es desde la presentación del ocurso cuando cesa la inacción del propietario.

10. ¿La presentación de la demanda depende de la legislación particular?

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido el criterio de que es necesario el emplazamiento en los juicios civiles federales, para que opere la prescripción. Así se expresa en la ejecutoria aislada, que dio pauta a para la formación de la tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, del rubro y texto siguientes:

> PRESCRIPCIÓN, INTERRUPCIÓN DE LA, EN JUICIOS FEDERALES. De los términos del artículo 1168, fracción II, del Código Civil del

[55] Ver *supra* VII y IX de este capítulo

Distrito Federal, que establece que la prescripción se interrumpe "por demanda u otro cualquier género de interpelación judicial, notificada al poseedor o al deudor en su caso", se advierte que el mencionado precepto sólo atribuye eficacia para interrumpir la prescripción, a la demanda "notificada". Confirma tal regla el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Civiles (anterior al vigente), que dispone: "La notificación del auto que manda correr el traslado produce los efectos siguientes: ... II. Interrumpir la prescripción". Resulta, de las disposiciones legales citadas, aplicables a los juicios del orden federal, frente a las cuales sería vano invocar doctrinas contrarias, que no basta la sola presentación de la demanda, para que la prescripción se interrumpa, sino que es necesario el emplazamiento que constituye en nuestro derecho, la más enérgica interpelación. Bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia en ejecutorias anteriores, ha atribuido eficacia interruptiva de la prescripción, a la sola presentación de la demanda, aun cuando ésta se haya notificado después de vencido el término respectivo; pero la tesis que sustentan esas ejecutorias, que se rigieron por ordenamientos legales distintos de los antes invocados, es inaplicable tratándose de juicios del orden federal, que se rigen por la disposición del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Civiles, según el cual, la interrupción de la prescripción queda condicionada, al emplazamiento. Por otra parte en las ejecutorias de que se trata, se ha aceptado que la sola presentación de la demanda, interrumpe la prescripción, aun cuando se notifique después de vencida ésta, siempre que la demora en la notificación no sea imputable al actor; condición que no se realiza cuando éste no presenta con su demanda la documentación necesaria y señala equivocadamente el domicilio del demandado, pues en tal caso, imposibilita por su culpa, la oportuna notificación. Es cierto que en materia mercantil, esta Suprema Corte de Justicia sostiene un criterio distinto, e inclusive existe ya la tesis jurisprudencial número 262, publicada en la página 790 de la Cuarta Parte del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, según la cual basta la sola presentación de la demanda para interrumpir la prescripción; pero dicha tesis no es aplicable al caso, porque interpreta el artículo 1041 del Código de Comercio, el cual establece que la prescripción se interrumpirá por la demanda u otro cualquier género de interpelación

> judicial hecha al deudor, sin exigir que se notifique dicha demanda, ni aludir a la necesidad de hacer el emplazamiento, y ya antes se vio que la fracción II del artículo 1168 del Código Civil sí alude expresamente a que la prescripción se interrumpe por la demanda u otro género de interpelación judicial notificada al poseedor o al deudor en su caso; por tanto, hay que admitir que se trata en realidad de dos disposiciones legales diferentes, pues la primera no exige, y la segunda sí requiere que la demanda sea notificada, para que pueda interrumpir la prescripción.[56]

Desde luego que diferimos de tal criterio porque a nuestro modo de ver no se tiene en cuenta sino la letra de la ley, de manera que se realiza una labor interpretativa y menos aún se refiere a la teleología de la institución jurídica, en el entendido de que no se trata de un criterio de jurisprudencia obligatorio, sino de uno aislado emitido en la quinta época del *Semanario Judicial de la Federación*.

Desde una perspectiva diversa, consideramos que son atendibles los argumentos contenidos en la jurisprudencia transcrita en párrafos anteriores, del rubro "PRESCRIPCIÓN, INTERRUPCIÓN DE LA, POR LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA"[57] ya que en efecto, no es imputable al promovente ni depende de su voluntad la tardanza en la notificación, lo que obliga a concluir que para contar el término prescriptivo, basta la presentación de la demanda, sin que importe la fecha de su notificación. De esta suerte, la redacción de los preceptos del Código Federal de Procedimientos Civiles, en su correcta intelección, nos hacen soslayar el problema de que en los procedimientos ordinarios, como lo son los del estado de Guanajuato, se tiene una fecha para el cómputo de la prescripción y otra para los asuntos del orden federal.

[56] *Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta parte, Tercera Sala, Materia Civil. Séptima época, p. 57.

[57] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*. Fallos 1917-1995, tomo IV, Primera Parte, tesis 322, p. 218.

11. Interrupción por interpelación judicial en procedimientos precautorios

Para contribuir a resolver el problema de interpelaciones efectuadas con motivo de las medidas precautorias, de inicio, diremos que la legislación procesal positiva de la entidad, contiene el título cuarto, capítulo único que comprende de los artículos 391 a 415, donde se contienen las normas que deben seguir los procedimientos fuera de juicio, generalmente anteriores a él (aunque en ocasiones pueden promoverse y coexistir con el principal), preceptos que se refieren no sólo a la medidas precautorias, sino también a las de aseguramiento, así como a diversas medias preparatorias; por tal motivo y aun cuando algunas se inicien sin audiencia de la contraria y otras se tramiten en forma y siguiendo el procedimiento de los incidentes, los comentarios que ahora realizamos, son aplicables a cualquiera de estos géneros de medidas fuera de juicio.

En la *Enciclopedia Jurídica Mexicana* publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,[58] se señala que la interpelación es un vocablo de raíz latina: *interpellare*, que significa dirigir la palabra a alguien para pedir algo. Además dice que en el Derecho Civil es el requerimiento que hace el acreedor al deudor para el cumplimiento de su obligación.

Referidas estas ideas a la usucapión, diremos que el término gramatical es muy amplio, de suerte que si se promueve una medida preparatoria, de aseguramiento o precautoria pero con posterioridad y dentro de los cinco días señalados por la ley, se promueve una demanda en forma, como lo ordenan los artículos 398 y 413, del Código de procedimientos Civiles del estado de Guanajuato, la fecha de interrupción será aquella en que se presente al juez el correspondiente ocurso, porque es ese el momento en que el propietario deja su actitud pasiva y de abandono respecto al bien cuya prescripción pretende combatir. Para robustecer este aserto, recordemos lo que en párrafos anteriores se dijo parafraseando a Planiol y Ripert, a saber: que son dos las condiciones esenciales de la usucapión (permanencia de la posesión, inacción del propietario), y que en ausencia de alguna de ellas, se hace inútil todo el tiempo transcurrido. Así, cuando

[58] Sánchez Medal, Ramón y otros autores. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Segunda edición. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Editorial Porrúa. 2004.

se presenta una promoción ante autoridad judicial que a la postre se ha de notificar a quien pretende hacer valer la prescripción, es esa fecha la que interrumpe el plazo, sin importar que aún no se instaure ni presente formal demanda de reclamo sobre la propiedad ni se inicie propiamente el juicio contencioso, porque es desde la presentación del ocurso cuando cesa la inacción del propietario.

Cabe mencionar en este sentido el caso en que, si bien se admite y aun se tramita la medida preparatoria, de aseguramiento o precautoria, pero si finalmente no se propone la demanda a que se refieren los artículos 398 y 413 ya citados, debe entenderse que se surte la hipótesis del diverso numeral 1265, antes inserto, en el sentido de que se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella, o fuese desestimada su demanda, puesto que al no presentarse la demanda, se verifica o actualiza un desistimiento tácito.

11.1 Interrupción por procedimientos ante la justicia alternativa

A la luz de las anteriores consideraciones se abre ante nosotros esta interrogante: ¿la citación a los procedimientos conciliatorios ante la llamada justicia alternativa son eficaces para interrumpir el plazo prescriptivo? Como hemos dicho anteriormente el artículo 1265, fracción II, del Código Civil de Guanajuato establece que la prescripción se interrumpe por la presentación de la demanda o cualquier otro género de interpelación judicial y es precisamente a la luz de tal disposición y de su intelección jurídica que trataremos de dar respuesta al cuestionamiento *supra* líneas referido.

Como se recordará los actos de autoridad aceptan dos definiciones: una formal y otra material; la primera alude al como son y la segunda al qué son. Así un acto sólo podrá ser formal y materialmente jurisdiccional cuando provenga de un órgano del Poder Judicial y cuando se trate de un acto que resuelve una controversia emitido por una entidad administrativa será materialmente judicial pero formalmente administrativo.

Desde esta perspectiva una demanda o interpelación judicial en términos del precepto legal en comento, se entiende como aquella petición de impartición de justicia incoada frente a un órgano formalmente jurisdiccional y aquella intimación encausada contra el destinatario de una

obligación para que cumpla con ella, hecha precisamente por ente de esa misma naturaleza.

Así, surge casi de manera natural el cuestionamiento acerca de la tramitación de un procedimiento auto compositivo, que ha de ser considerado como un acto suficiente para interrumpir el término prescriptivo. En ese orden de ideas ha de señalarse que en el estado de Guanajuato, el Centro Estatal de Justicia Alternativa, es parte del Poder Judicial del estado y, por ende, debemos considerar que se trata de una autoridad formalmente judicial y que en algunos caso incluso realiza actividades materialmente jurisdiccionales.

La ley de justicia alternativa de esta entidad federativa, en lo que interesa, dispone que es una disposición que tiene como finalidad regular la mediación y la conciliación como formas de auto composición asistida de las controversias entre partes, cuando esas controversias recaigan sobre derechos de los cuales puedan los particulares disponer libremente, sin afectar el orden público. En el artículo siguiente se dispone que los procedimientos de mediación y conciliación en sede judicial estarán a cargo del Centro Estatal de Justicia Alternativa, dependiente del Supremo Tribunal de Justicia, por medio de los mediadores y conciliadores adscritos a dicho Centro. Y en otro precepto leemos: en materia civil, el director del Centro Estatal de Justicia Alternativa o, en su caso el Subdirector de la sede regional podrá elevar a categoría de cosa juzgada los convenios que celebren las partes en conflicto. Si la mediación y conciliación se inició con proceso judicial, deberá remitir el convenio al juez ante quien esté planteado el asunto para los efectos legales correspondientes. Asimismo dispone que en materia penal, la mediación y conciliación entre ofendido e inculpado sólo podrá recaer respecto a conductas que pudieran constituir delitos perseguibles por querella o cuando así lo señale la Ley.

Antes o durante la averiguación previa, la mediación y conciliación podrá ser realizada por el Ministerio Público, quien en lo conducente se ajustará al procedimiento regulado en esta Ley. Durante el trámite del proceso jurisdiccional penal, la mediación y conciliación estará a cargo del Centro Estatal de Justicia Alternativa o, en su caso, de la sede regional. Cuando las partes lleguen a un convenio, éste deberá remitirse al juez ante quien esté planteado el asunto para los efectos legales correspondientes.

El convenio sólo se tomará en cuenta si se produce antes de emitirse sentencia ejecutoria.

> Artículo 8.- La mediación y la conciliación ante el Centro Estatal de Justicia Alternativa o la sede regional, podrá iniciarse a petición de parte interesada con capacidad para obligarse, mediante solicitud verbal o escrita en la que se precisará el conflicto que se pretenda resolver y el nombre y domicilio de la persona con la que se tenga la controversia, a fin de que ésta sea invitada a asistir a una audiencia inicial en la que se le hará saber en qué consisten los procedimientos de mediación y conciliación y se le informará que éstos sólo se efectúan con consentimiento de ambas partes, enfatizándole el carácter gratuito, profesional, neutral, confidencial, imparcial, rápido y equitativo de la auto composición asistida.
>
> Si la petición se presentó verbalmente se levantará acta en que conste el conflicto que se pretenda resolver y los nombres y domicilios de quien hizo la solicitud y de la persona con la que se tenga la controversia.
>
> Siempre se radicará un expediente debidamente identificado.
>
> Si la petición de intervención del Centro Estatal de Justicia Alternativa o de la sede regional se refiere a un conflicto ya planteado ante el juez, se informará del número de radicación de ese expediente, así como los datos de identificación del juzgado.
>
> Artículo 11.- Cuando la contraparte del solicitante acepte participar en los procedimientos de mediación y conciliación, firmará el formato respectivo o estampará su huella digital, firmando a su ruego otra persona, hecho lo cual se señalará lugar, fecha y hora para la audiencia de mediación y conciliación que se desarrollará en una o varias sesiones, a las que podrán acudir los interesados acompañados de persona de su confianza o de su asesor jurídico, si así lo desean. Asimismo, el Centro Estatal de Justicia Alternativa o la sede regional, informará lo anterior al juzgado correspondiente, en su caso, para efectos de la suspensión de los plazos y términos judiciales.

> Artículo 29.- En materia civil del fuero común los procedimientos de mediación y conciliación suspenden todos los plazos y términos judiciales dentro del juicio, a partir del día en que el Centro Estatal de Justicia Alternativa o, en su caso, la sede regional señale lugar, fecha y hora para la audiencia de mediación y conciliación, hasta aquél en que por cualquier causa concluya el procedimiento de mediación y conciliación. Durante la suspensión no se contarán los plazos de prescripción.

Como se advierte los procedimientos de mediación y conciliación se entienden verificados en sede judicial, pues así lo establece el artículo 3º del estatuto legal en comento; también se colige que al procedimiento de mediación o conciliación se le ha otorgado el alcance suficiente para suspender la tramitación de controversias jurisdiccionales y la posibilidad de que los convenios sean elevados a la categoría de cosa juzgada.

Ahora bien el procedimiento comienza con la solicitud de una de las partes (a quien en un litigio le asistiría la calidad de actor) y la invitación que se encause a su contraria, pero sólo continuará si ésta accede a someterse al procedimiento auto compositivo, y será entonces que se fije fecha y hora para la audiencia respectiva, momento donde conforme a lo dispuesto en el ordinal 29, de aquella norma se suspenderán los términos y plazos, entre ellos el término para quien opere la suspensión.

De ello se sigue, que es en el momento en el cual, el invitado se somete voluntariamente al procedimiento ha de tenérsele como sujeto a la secuela y es entonces que se le tiene por intimado para solventar la obligación cuyo cumplimiento solicita el promovente es decir como interpelado; aquí debe distinguirse que es precisamente la voluntad del invitado la que torna eficaz la interpelación, pues a diferencia de las vías contenciosas, en la auto compositiva es la voluntad de las partes la que da validez a los acuerdos, mientras que el litigio es la intervención del juez la que se los otorga; por ello es precisamente cuando el invitado asiente es invitado para acudir al procedimiento convencional cuando se le ha de tener por interpelado en sede judicial, pues es precisamente un órgano formalmente judicial ante quien se acude.

Aquí debemos destacar que el aludido artículo 29 refiere que los términos se suspenden, empero, tratándose del prescriptivo, el precepto legal

en cita debe ser interpretado a la luz de los distintos artículos del 1262 al 1265 del Código Civil del estado.

> Art. 1262. La prescripción puede comenzar y correr contra cualquier persona, salvo las siguientes restricciones.
> Art. 1263. La prescripción no puede comenzar ni correr contra los incapacitados, sino cuando se haya discernido su tutela conforme a las leyes. Los incapacitados tendrán derecho de exigir responsabilidad a sus tutores cuando por culpa de éstos no se hubiere interrumpido la prescripción.
> Art. 1264. La prescripción no puede comenzar ni correr:
> I. Entre ascendientes y descendientes, durante la patria potestad, respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la ley;
> II. Entre los consortes;
> III. Entre los incapacitados y sus tutores o curadores, mientras dura la tutela;
> IV. Entre copropietarios o coposeedores respecto del bien común;
> V. Contra quienes se encuentren fuera del país prestando un servicio público al Estado o a la Federación;
> VI. Contra los militares que se encuentren en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Estado.
> Art. 1265. La prescripción se interrumpe:
> I. Si el poseedor es privado de la posesión de la cosa o del goce del derecho por más de un año;
> II. Por demanda o cualquier otro género de interpelación judicial notificada al poseedor o al deudor en su caso.
> Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella, o fuese desestimada su demanda;
> III. Porque la persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresamente, de palabra o por escrito o tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quién prescribe.

De donde se desprende que la interrupción y la suspensión de la prescripción son conceptos diversos, la primera conlleva que cuando se actualiza el plazo comienza a contar de nueva cuenta y la segunda que el término no

corre por determinado período, pero (continuará a partir del momento en que se suspendió; la interrupción supone la manifestación eficaz del interés del propietario o la desaparición del interés del poseedor, expreso o tácito; mientras que la suspensión, parte de que el titular no se encuentra en aptitud jurídica o fáctica de manifestar su interés y por el ello los términos no corren con respecto a él; así las cosas, es inconcuso que el artículo 29, de la Ley de Justicia Alternativa, debe ser interpretado en el sentido de que aun cuando ahí se hable de suspensión del termino prescriptivo debe ser entendido como una interrupción, pues es la manifestación de voluntad del invitado para someterse al procedimiento, la que a su vez dota de eficacia al asentimiento de su contraparte para requerirle la entrega del bien y por ello, debe considerarse como una auténtica interpelación judicial.

Aquí debemos destacar que aquélla ley también otorga facultades conciliatorias al agente del Ministerio Público en el período de averiguación previa y si como hemos visto es la voluntad de las partes la que da eficacia jurídica a la interpelación que incoa el promovente, en el caso el ofendido, tendríamos que concluir que si el presunto responsable está de acuerdo en que el órgano persecutor del delito, inicie el procedimiento conciliatorio, la exigencia enderezada por el ofendido cualificada por la propia voluntad del indiciado hace las veces de una interpelación y si bien no se encauza mediante un órgano formalmente judicial, como lo exige el artículo 1265, fracción II, del Código Civil del estado, tendríamos que concluir que resulta válida para interrumpir el término de la prescripción, pues la eficacia que la actuación del juez da a la manifestación de voluntad inserta en la demanda, es aquí otorgada por la voluntad del presunto responsable de someterse a la mediación o a la conciliación.

En apoyo al criterio que sostenemos parece oportuno transcribir la tesis del máximo Tribunal de la Nación, en la cual se lee:

> ARBITRAJE. SUS MODALIDADES GENÉRICAS. Para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde una perspectiva procesal los mecanismos para la solución de conflictos se clasifican en autocompositivos (como el desistimiento, el allanamiento, la transacción y en general el convenio) y heterocompositivos (donde interviene un tercero como la jurisdicción, la conciliación y algunas formas de arbitraje); de manera que los primeros se caracterizan porque las

> partes buscan sanear la discordia evitando el nacimiento de un proceso judicial o jurisdiccional o la posibilidad de remitir la respuesta al conflicto a un tercero distinto de un juez o autoridad judicial con competencia establecida estatalmente (como las Juntas de Conciliación y Arbitraje o la Comisión de Arbitraje Médico). Así, resulta inconcuso que el arbitraje es autocompositivo si se basa únicamente en la voluntad de las partes y en la contractualidad; y heterocompositivo cuando el árbitro, más que intervenir por voluntad de los contratantes, tiene una actuación determinada por la ley. Por ello, si el arbitraje se presenta por una decisión voluntaria, libre y concertada (como ocurre en los arbitrajes privados civiles o comerciales puros) sus fundamentos tendrán naturaleza meramente contractual; y, por otra parte, quienes solucionen sus conflictos mediante arbitrajes regidos por conflicto por sus decisiones personales y por ello no existe interés o motivo suficiente para litigar, no existe controversia directa pues el proceso se resuelve con base en mera pacificación; en cambio, los segundos presuponen el disposiciones estatales preestablecidas, componen sus diferencias a través de procedimientos arbitrales pero con una naturaleza casi jurisdiccional o al menos próximos a ésta, aunque mediante su voluntad, las partes también pueden acudir a autoridades estatales para que funjan como árbitros y las leyes en ocasiones facultan a estas entidades para actuar como tales, conformando verdaderos arbitrajes intermedios entre el contractualmente establecido y el estatalmente erigido, por lo que se advierte que básicamente existen tres clases de arbitrajes: a) el voluntario o contractual, b) el forzoso o necesario, y c) el intermedio.[59]

Al margen de lo anterior, si se llegase a una componenda ante el representante social, en la que involucraría el reconocimiento del derecho al propietario, de todas formas quedaría interrumpida la posesión por esa otra causa.

[59] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXX, septiembre de 2009. Primera Sala, Materia Civil. Tesis: 1a.CLXV/2009. Novena época. p. 434.

11.2 El caso de interrupción por demanda presentada ante tribunal incompetente

La interrogante a dilucidar es: ¿la demanda presentada ante tribunal incompetente tiene esos efectos interruptores del plazo requerido en la prescripción adquisitiva? Para resolver el problema planteado, debe acudirse en primer término, a lo que sobre el tema de las competencias dispone el Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato. Así, el artículo 34 del cuerpo de leyes en consulta señala que las contiendas de competencia podrán promoverse por inhibitoria o por declinatoria.

La inhibitoria se intentará ante el juez o tribunal a quien se considere competente, pidiéndole que dirija el oficio al que se estime no serlo, para que se inhiba y le remita los autos. La declinatoria se propondrá ante el juez o tribunal a quien se considere incompetente, pidiéndole que se separe del conocimiento del negocio y remita los autos al tenido por competente. La declinatoria se promoverá y substanciará en forma incidental. En ningún caso se promueven de oficio las contiendas de competencia.

Por otra parte, el diverso numeral 39 de la citada legislación dispone que todo tribunal está obligado a suspender sus procedimientos luego que expida la inhibitoria, o luego que, en su caso, la reciba. Igualmente suspenderá sus procedimientos luego que se promueva la declinatoria; sin perjuicio de que, en los casos urgentes, pueda el tribunal practicar todas las diligencias que sean necesarias. A su vez, el artículo 40 de aquel propio ordenamiento, establece que la infracción del artículo anterior producirá la nulidad de lo actuado. En este caso, el juez será responsable de los daños y perjuicios que se originen a las partes.

En ese contexto, cabe destacar que el problema de las nulidades de lo actuado por juez incompetente, es resuelto de manera expresa por la propia ley local adjetiva, en la medida que únicamente previene tal sanción de nulidad de lo actuado ante juez incompetente, en el caso de que el juez que expida la inhibitoria o la reciba, no suspenda sus procedimientos, e igual sucede con aquél ante quien se promueva la declinatoria.

Por tanto, en todos los demás casos (cuando sí fuesen suspendidos los procedimientos) lo actuado resulta válido para el juez que sustituya al que previno, por razón de su competencia para conocer del asunto, lo que significa que si el emplazamiento a juicio, fue practicado por la primera de

tales autoridades, entonces dicha actuación habrá de considerarse como interruptora del término de la prescripción. Luego, en contrapartida, las actuaciones serán nulas, cuando el juzgador no suspende sus procedimientos ante el planteamiento de la contiendas de competencia por inhibitoria o por la declinatoria.

Desde diverso aspecto, se advierte que esa nulidad únicamente habrá de operar sólo para las actuaciones que quedaren comprendidas entre la fecha en que el juzgado a quien se considere incompetente recibió el oficio de inhibitoria o la promoción del incidente de declinatoria, con aquélla en que se resuelva la cuestión de incompetencia planteada.

En orden a ofrecer un mayor abundamiento y aun a riesgo de que se nos califique de reiterativos, cabe apuntar que no podría considerarse de distinta forma, cuando el último de los preceptos jurídicos comentados, sanciona con la nulidad lo actuado en el juicio, sólo en los casos expresamente previstos en el artículo 39; de modo que, en el caso de que se respete el mandamiento legal de suspender el procedimiento, una vez que se expida la inhibitoria o se reciba, o cuando se promueva la declinatoria, entonces no existirá razón de ser para imponer aquella sanción, mucho menos para considerar como no interrumpido el plazo en cuestión.

En otras palabras, mientras la ley no disponga una nulidad distinta a la contemplada en la citada norma jurídica, entonces subsistirá en todos sus efectos legales lo actuado por juzgado que habiendo prevenido, con posterioridad resulte incompetente para conocer del asunto, pues la nulidad como su nombre lo indica, tiene como efectos la de destruir las actuaciones habidas entre la fecha en que el juzgado conoció del incidente respectivo que se promovió, y aquélla en que se dicte la resolución respectiva, no porque tales actuaciones resulten anuladas por el sólo hecho de que aquel tribunal resulte incompetente, sino por no haberse observado la suspensión de sus procedimientos; puesto que tal consecuencia es derivada de la ley.

En conclusión: la presentación de la demanda por parte de quien se considera propietario, siempre será eficaz para interrumpir el término prescriptivo, porque para que pueda promoverse la inhibitoria o la declinatoria, es evidente que ha mediado la presentación de la demanda, de modo que aun y cuando a la postre el juez ante quien se presentó resulte incompetente y por no haber suspendido el procedimiento, se declare nulo

lo actuado por él, esto sólo ocurrirá a partir de que se promovió la inhibitoria o la declinatoria, quedando siempre fuera de estas actuaciones la presentación de la demanda.

En cambio, como suele suceder en algunos casos, si el propietario reconviene, esa contra demanda podrá ser declarada nula, y no será útil para interrumpir el término prescriptivo, si se presenta después de haberse intentado la inhibitoria o la declinatoria y no hubiere el juez que la recibió, suspendido el procedimiento, porque se surtiría la hipótesis del numeral 40, de la legislación procesal antes invocado, ya que en estos casos, incluso habría que ser acordada por el juez competente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pronunció sobre el tema, al examinar dispositivos de idéntica redacción, y resolver un problema igual al que nos ocupa, que se presenta en los casos de la acumulación, en la tesis[60] del rubro: ACUMULACIÓN DE JUICIOS, NULIDAD DE ACTUACIONES EN CASO DE. En esta tesis, a nuestro juicio, es aplicable e ilustrativa, por ello la extractamos en los siguientes términos:

El artículo 901 del código procesal, establece que es válido todo lo practicado por los jueces competentes antes de la acumulación: lo que practiquen después de pedida ésta es nulo; constituye una norma de derecho excepcional, sancionadora de situaciones expresamente contempladas en el propio precepto. Su recta aplicación no puede ser analógica ni extensiva, y este artículo presupone la vigencia simultánea de los que inmediatamente se relacionan con él, y cuya trasgresión viene sancionada de nulidad, pues hay que tener presente que la sanción de la ley dura tanto como el orden a que la misma se refiere. En consecuencia, si el responsable aplica el precepto que previene que el tribunal está obligado a suspender sus procedimientos, cuando expida la inhibitoria o reciba ésta, y cuando se le presente el escrito de declinatoria, lo actuado no será nulo, pues la ley establece, una excepción expresa, al decir, que lo actuado no será nulo cuando se trate de incompetencia sobrevenida, categoría a la cual pertenece la incompetencia por haberse resuelto la acumulación de autos. Como única norma sancionadora, el artículo 898 del código de procedimientos, ordena: desde que se pida la acumulación, quedará en suspenso la sustanciación de los autos a que aquélla se refiere, hasta que se decida

[60] *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, tomo LXXXIV, p. 1543.

el incidente. El artículo 892 del mismo ordenamiento dispone: el juez que haya pedido la acumulación, deberá desistir de su pretensión dentro de tres días, contados desde que recibió el oficio, si encuentra fundados los motivos por los que le haya sido denegada, contestando dentro de tres días al otro juez para que pueda continuar procediendo. Del texto de estos preceptos se advierte, que el primero de ellos condiciona y el segundo excluye la actuación del artículo 901 del mismo código; de manera que si el oficio acumulatorio suspende la jurisdicción del juez requerido, la suspensión se alza al recibirse el oficio en el que el requirente abandona su pretensión. Por lo que en el primer caso, para hacer la remesa de los autos, el juez debe esperar a que la resolución cobre firmeza definitiva, y en el segundo, debe dar aviso al otro juez para que reasuma desde luego, su actividad jurisdiccional. En consecuencia, debe estimarse que la jurisdicción de este juez quedó expedita para seguir procediendo, luego que recibió el oficio en que le fue comunicado el desistimiento de la pretensión de acumulación, y no volvió a suspenderse sino hasta la fecha en que recibió un nuevo oficio del juez requirente.

Comentemos ahora, un caso distinto, que tiene lugar cuando "se dejan a salvo derechos" por estimar el juzgado o tribunal ante quien se presentó la demanda que es incompetente y no admite siquiera la demanda, hipótesis en la cual, el juzgado o tribunal, no deriva su competencia a quien considera deba conocer del asunto y, por ende, no se entabla el conflicto competencial. En nuestro ejemplo de laboratorio, pensemos que el actor, acepta la decisión y decide presentar su demanda en distinto juicio. En tal caso, entonces, dicha declaratoria tiene como efecto indiscutible, que deba considerarse, por equiparación, como no presentada ente el primer órgano jurisdiccional que "dejó a salvo derechos", porque precisamente aquella reserva es para que el actor inicie un nuevo juicio, lo que significa entonces que no existió en el primer juicio un emplazamiento y esto trae como consecuencia, la no interrupción del lapso requerido para la prescripción.

En cambio, de acontecer el supuesto de que se decline la competencia al juzgado o tribunal que deba conocer del negocio y se le remitan las constancias respectivas, entonces el emplazamiento realizado por el que previno, sí tendrá la validez y tiene los efectos de interrumpir la prescripción, porque el hecho de que conforme al precepto legal enunciado,

se limite la nulidad a los casos en que no se suspenda el procedimiento, entonces esto significa que aquella diligencia resulta subsistente y tiene plena eficacia.

11.3 La caducidad de instancia interrumpe el término prescriptivo

De inicio y a fin de precisar si una resolución que caduca la instancia y adquiere firmeza es apta para interrumpir el lapso prescriptivo, habremos de recordar que significa, en derecho, el término gramatical "caducidad" Joaquín Escriche,[61] en su *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia,* dice: "CADUCAR. Acabarse. Extinguirse o perderse alguna cosa. CADUCO.- Lo que pierde su vigor o cae en desuso, o se extingue y acaba, o queda sin efecto por muerte de alguna persona o por otro acontecimiento; como ley caduca, disposición caduca, derecho caduco, legado caduco".

Conforme al *Diccionario de Derecho Procesal Civil* de Eduardo Pallares,[62] la caducidad "…es la extinción de la instancia judicial porque las dos partes abandonen el ejercicio de la acción procesal. El abandono se manifiesta en que ninguna de ellas hace en el proceso las promociones necesarias para que éste llegue a su fin".

Por otra parte, Edgard Baqueiro Rojas,[63] en el tomo I de los *Diccionarios jurídicos temáticos*, define la caducidad como "la pérdida o desaparición de un derecho por el sólo transcurso del tiempo". Puede definírsele también, como una sanción procesal que se genera por la falta de actividad procesal de las personas interesadas en que el órgano jurisdiccional emita su juicio en relación con la *litis* planteada. Así, el efecto de la caducidad conforme a lo dispuesto en el artículo 278 del Código Federal de Procedimientos Civiles, consiste en nulificar la instancia.

Como la nulidad se retrotrae en sus efectos y no importa el día en que se declare, la instancia quedará nula en su totalidad. Por tanto, una vez decretada la caducidad por el juez, ya sea que lo haga de oficio o a petición de alguna de las partes, ésta extingue el proceso y convierte en ineficaces las

[61] Escriche, Joaquín. *Diccionario razonado...* I-391.

[62] Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Decimoséptima edición, México, Editorial Porrúa S.A. 1986, p. 119.

[63] Baqueiro Rojas, Eduardo. *Diccionarios jurídicos temáticos, Derecho Civil*. Vol. I. México, Oxford University Press. 2003. p. 16

actuaciones del juicio, debiendo volver las cosas al estado que tenían antes de la presentación de la demanda; por tanto, al caducar la instancia no se interrumpe el término para la prescripción, puesto que el espíritu de la disposición legal contenida en el artículo 1265, fracción II, del Código Civil para el estado de Guanajuato, se orienta en este sentido, cuando no prospere la demanda.

Por su parte la Suprema Corte de la Justicia de la Nación se ha pronunciado en la tesis "PRESCRIPCIÓN. NO SE INTERRUMPE POR LA DEMANDA QUE HA CADUCADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS). El desistimiento expreso de la demanda por parte del actor o el desistimiento tácito de la misma por caducidad de la instancia, no interrumpe el término de la prescripción.[64]

11.4 El desistimiento de la demanda interrumpe el término prescriptivo

Conforme al *Diccionario de Derecho Procesal Civil* de Eduardo Pallares, el desistimiento consiste en el acto de desistirse. A su vez dicho verbo según el *Diccionario de la Academia* significa abdicarlo o abandonarlo; lo que se traduce en apartarse del ejercicio de un derecho o facultad procesales, ya iniciados. Por tanto, el desistimiento puede referirse a la acción, a la instancia, a un recurso, a una prueba, a un incidente, etcétera.

Los efectos que produce el desistimiento son: a) si se trata del desistimiento de la demanda, la persona que se desiste pierde todos los derechos y situaciones procesales favorables a ella que se han producido en la instancia y ésta se sobresee; b) Si se trata del desistimiento de la acción, además del efecto anterior, se produce la pérdida del derecho que el actor hizo valer en el juicio, porque al renunciar a la acción se renuncia al derecho que mediante ella se hizo valer.

Ahora bien, el segundo párrafo de la fracción II del artículo 1265 del Código Civil, referido, dispone que "Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella…"; por tanto, atendiendo al texto expreso de la ley, debe considerarse que no se interrumpe el término para la prescripción cuando el actor

[64] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala, Cuarta parte, tomo CXXVIII, Sexta época. p. 94.

desiste, ya de la demanda, ya de la acción, puesto que en ambos casos concluye el correspondiente proceso.

El máximo tribunal del país, en el criterio de rubro "PRESCRIPCIÓN. NO SE INTERRUMPE POR LA DEMANDA QUE HA CADUCADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS).", que identificado y trascrito quedó en el apartado siguiente, en forma explícita, sostiene que el desistimiento expreso de la demanda por parte del actor no interrumpe dicho término.

11.5 La hipoteca o la prenda no interrumpen el término prescriptivo

La respuesta al cuestionamiento sobre si la posesión deja de ser continua cuando el poseedor la entregue a otro en prenda o hipoteca, debe resolverse de inicio con una negativa por estas razones: por una parte, como se ha dicho, la propiedad, bien puede desdoblarse, de modo que el propietario dominador del bien, jurídicamente puede entregar a otro su tenencia como ocurre en los casos de arrendamiento. Así, cuando le impone un gravamen y para asegurar el cumplimiento de una obligación el poseedor lo da en prenda, si es un bien mueble o en hipoteca, si se trata de un inmueble, continúa siendo el dominador y la circunstancia de que sobre el bien pese un gravamen, lejos de evidenciar que ha dejado de comportarse como dueño, es un signo que evidencia lo contrario.

11.6 El caso de la demanda desestimada

Por demanda desestimada entendemos aquí, de acuerdo al artículo 1265, fracción II, del Código Civil para el estado de Guanajuato, que preceptúa que se considerará como no interrumpida la prescripción… si fuese desestimada la demanda. En el lenguaje cotidiano, tenemos que en el *Diccionario de la Lengua, de la Real Academia Española*,[65] en las acepciones aplicables a nuestro interés, se lee: desestimar: Denegar, desechar. Denegar: (del latín *Denegare*) no conceder lo que se pide o solicita. Desechar: excluir, regresar, no admitir algo.

En lenguaje jurídico, admitamos que la expresión desestimar, la referimos en lo substancial a los casos en que el escrito que la contiene y con

[65] *Diccionario de la Lengua, de la Real Academia Española*. Vigésima segunda edición. Madrid, 2001.

el que usualmente inicia el juicio, no se admite, se rechaza, de modo que el quedar firme lo así determinado, será como si nunca se hubiese presentado y, consecuentemente, no interrumpirá el término prescriptivo.

No obstante lo anterior, se tiene otra noción de desestimar la demanda; así Planiol y Rippert,[66] textualmente dicen: "en efecto, la demanda es desestimada porque se juzga definitivamente que el autor no es propietario de la cosa que reclamaba. El poseedor cuenta ya con una excepción mejor que la prescripción, para destruir las nuevas acciones de aquél: la excepción de cosa juzgada, que impide, para siempre, que la acción prospere".

En conclusión, tenemos que en ningún caso se interrumpe la prescripción, por desestimación de la demanda. Si se considera que el juzgador, desde un inicio la ha desechado y no ha dado curso al correspondiente proceso jurisdiccional, habrá sido como si nunca se hubiere intentado la acción; de entender, como lo hacen los autores franceses apenas citados, que por desestimación ha de entenderse que el fallo definitivo se dictó en contra de las pretensiones del propietario, evidentemente que no se interrumpe el plazo prescriptivo; más bien se declara que el poseedor se ha convertido en nuevo propietario.

12. Posesión pública y el vicio de la clandestinidad

En cuanto al Derecho Positivo, el artículo 1073, del Código Civil para la entidad federativa, estipula:

> Art. 1073.- Posesión Pública es la que se disfruta, de manera que pueda ser conocida por todos; también lo es la que está inscrita en el registro público de la propiedad.

Quienes han escrito sobre el tema, son coincidentes en aseverar que el vicio que afecta a la posesión pública, es la clandestinidad; así, Bonecasse[67] asegura que tal vicio supone que la posesión es disimulada. Lafaille,[68] expresa

[66] Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Ob. Cit.,* pp. 366.
[67] Bonnecasse, Julien. *Ob. Cit.* p. 636.
[68] Lafaille. Autor citado por Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.,* pp. 293 y 294.

que este vicio, se relaciona sustancialmente con el elemento material (*corpus*) de la posesión; se trata de exhibir públicamente el bien, de una manera manifiesta; se trata de evitar que los actos por los cuales se tomó o se continuó en su posesión, fueran ocultos; hace referencia particular, siguiendo la legislación positiva que comenta el que no se hubiere tomado en ausencia del poseedor o con precauciones para sustraerla del conocimiento de los que tenían derecho a oponerse. Planiol y Ripert,[69] luego de precisar que para hacer útil la posesión "el poseedor debe obrar sin ocultarse como lo hacen en general los que ejercen un derecho; su posesión será al contrario clandestina, cuando oculte los actos a quien deba conocerlos". El comentario de Ernesto Gutiérrez y González,[70] aunque es del mismo tenor, tiene ciertas variantes y nos llamó la atención particularmente, su aserto de que en realidad, la clandestinidad no es un vicio de la posesión, sino apariencia y afirma que eso no es posesión. Critica a la ley y dice que la publicidad, es como la gente, el grupo social, ve al detentador de la cosa, pero del examen global de su comentario, se llega a la conclusión, por lo demás evidente, que cuando la conducta de quien pretende usucapir es oculta, no es útil para prescribir. Antonio de Ibarrola,[71] en una breve acotación, destaca la nota de ocultamiento, referente a la clandestinidad.

En otro aspecto, don Rafael Rojina Villegas,[72] comenta que en códigos anteriores, la publicidad no correspondía a todo mundo sino que la exigencia, se limitaba a que debía ser conocido el acto por el que se entró a poseer y los actos continuos y posteriores de la misma posesión, sólo por los interesados, no por todo mundo como ahora se exige; sin embargo, apunta que en ocasiones es difícil saber y ubicar correctamente a todos los interesados, de modo que, a su juicio, esta problemática, al ser advertida por el legislador, lo orilló a hacer universalmente pública la posesión.

En otro aspecto, conviene señalar la circunstancia de que cuando se trata de bienes muebles, es más difícil identificar esta cualidad de la posesión, puesto que, en tratándose de bienes inmuebles, es sumamente raro encontrar a quien posea subrepticiamente. Así mismo, es de advertir que la legislación positiva señala que la consecuencia obligada de la

[69] Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Ob. Cit.,* pp. 106 y ss.
[70] Gutiérrez y González, Ernesto. *El patrimonio...* pp. 281, 282, 610 y ss.
[71] Ibarrola, Antonio de. *Ob. Cit.,* pp. 258 y ss.
[72] *Cfr.* Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.,* p. 290.

inscripción ante el registro público de la propiedad, es que se tenga por acreditada esta nota de publicidad.

En síntesis, tenemos que un requisito legal, es que la posesión sea pública; que el vicio que afecta la posesión es la clandestinidad, que no es otra cosa que la manera oculta, engañosa y subrepticia de cómo se adquiere y se goza; que debe ser la publicidad a los ojos de todo el mundo; que de acuerdo con los autores, es un vicio relativo, el cual se traduce en que el cómputo prescriptivo inicie cuando la clandestinidad cese y, conforme a la ley, el hecho mismo de inscribirse en el registro público de la propiedad, es prueba fehaciente de tal requisito.

13. La posesión cierta como requisito inmanente para prescribir

Existe otra cualidad de la posesión útil para prescribir, que podríamos llamar inmanente: el que la posesión civil sea cierta. Rojina Villegas[73] dice que si bien no es un requisito o cualificación de la posesión y no está expresamente señalado por la ley, es indudable que debe existir absoluta seguridad, por razón del título de que la posesión se tiene precisamente en concepto de dueño. El vicio correspondiente es la equivocidad; es decir que se trata de una posesión dudosa respecto al concepto por el cual se tiene. Señala dos casos: el de los copropietarios y el de los consortes. Este tema es tratado en Derecho Positivo en el precepto que en seguida referimos.

En efecto, inserto dentro del título octavo "de la prescripción", se encuentra el capítulo IV "de la suspensión de la prescripción" y en éste, el artículo 1264, del Código Civil para la entidad guanajuatense del siguiente texto:

> Artículo 1264.- La prescripción no puede comenzar ni correr:
>
> I. Entre ascendientes y descendientes, durante la patria potestad, respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la ley;
> II. Entre los consortes;
> III. Entre los incapacitados y sus tutores o curadores, mientras dura la tutela;

[73] *Cfr.* Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cit.,* p. 294.

IV. Entre copropietarios o coposeedores respecto del bien común;
V. Contra quienes se encuentran fuera del país prestando un servicio público al Estado o a la Federación;
VI. Contra los militares que se encuentren en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Estado.

Luego de la detenida lectura del precepto estaremos en aptitud de arribar, sin hesitación alguna a la conclusión de que existen dos razones de gran envergadura que sustentan y justifican la existencia del precepto. La primera de ellas, es aplicable a las cuatro fracciones iniciales, porque tienen el común denominador de que los bienes pueden poseerse con justificación legal no sólo por una persona. La segunda, es aplicable a las dos últimas fracciones y consiste en que están ausentes y no es factible que defiendan sus bienes, o al menos se ven disminuidos para ello.

La primera fracción trata de los ascendientes y los descendientes; pero es indudable que padres e hijos ejerzan actos de dominio sobre ciertos bienes en razón, precisamente del lazo sanguíneo que los une, e incluso, en nuestra personal opinión, no debió el legislador, establecer la limitante del tiempo en que se ejerza la patria potestad o al menos debió establecer la presunción legal que no existe causa de traslación de dominio en esos casos, como tampoco debió limitar a los bienes que conforme a la ley deban los padres proporcionar a los hijos.

La segunda fracción está referida a los consortes donde en ocasiones, en la práctica, se manejan bienes que pudieran pertenecer a la sociedad conyugal o al otro consorte, de modo que las razones de convivencia cercana y lazos afines que los unen, justifican la razón de ser del dispositivo en comento.

La fracción tercera, se refiere a los incapacitados, en relación con sus tutores o curadores; en este caso huelga decir que, de inicio, quienes auxilian y representan al incapaz, de ninguna forma pueden estimarse dominadores de los bienes, siempre los detentarán a nombre del otro, e incluso se antojaría inmoral y antijurídico permitir que alguien, disminuido de sus facultades, pueda ser objeto de una prescripción, precisamente por quienes lo representan y auxilian.

La cuarta fracción del numeral antes inserto, está dirigida a los copropietarios. Para justificar la *ratio legis* de la disposición, sobrarían argumentos jurídicos, pero en aras de la brevedad y síntesis y por no incurrir

en explicaciones prolijas, basta citar la definición legal de copropiedad, contenida en el artículo 930, de la legislación estatal que hemos venido invocando: "hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen pro indiviso a varias personas". De igual forma, son útiles para clarificar el punto la letra del diverso artículo 935, del propio Código Civil en comento, en cuya parte conducente dispone que "Cada partícipe podrá servirse de los bienes comunes, siempre que disponga de ellos conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copropietarios usarlos según su derecho". En este contexto, es indudable que no puede aducirse abandono de uno de los copropietarios, por permitir que otro lo usufructúe y realice actos de dominio, ni este puede alegar dominio exclusivo del bien contra su coposedor.

La Suprema Corte de justicia de la Nación, ha reiterado este criterio, desde mediados del siglo pasado, conforme se puede advertir de las tesis que se insertan:

> PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ENTRE COPROPIETARIOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).
> Si bien es verdad que los herederos tienen carácter de copropietarios, respecto a los bienes que heredan, y mientras dure el estado de indivisión no puede correr prescripción entre ellos, tal medio de adquirir sí puede tener lugar una vez concluido el condominio, lo cual puede acontecer sin intervención de la autoridad judicial, al tenor de los artículos 1685 y 1694 del Código Civil, cuando hay acuerdo entre los interesados para dividir privadamente el condominio.[74]

> COPROPIETARIOS, PRESCRIPCIÓN ENTRE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).
> La prescripción no puede comenzar ni correr entre copropietarios y coposeedores, respecto del bien común, al tenor de lo prevenido por el artículo 1197 IV del Código Civil.[75]

[74] *Semanario Judicial de la Federación*. Sala auxiliar, tomo CXV, Quinta época. p. 153.
[75] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala, cuarta parte, tomo XLIX, Sexta época. p. 32.

> COPROPIETARIOS, PRESCRIPCIÓN IMPROCEDENTE CONTRA LOS (LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA).
> El artículo 1080 del Código Civil establece: "Si varias personas poseen en común alguna cosa, no puede ninguna de ellas prescribir contra sus copropietarios o coposeedores; pero sí puede prescribir contra un extraño, y en este caso la prescripción aprovecha a todos los partícipes". Ahora bien, en nada afecta a la prohibición que contiene dicho precepto, el hecho de que los copropietarios demandados no poseyeran la finca de que se trate, pues precisamente la ley parte de esa hipótesis, para prohibir la prescripción entre copropietarios, o sea, da por supuesto que no obstante que uno de ellos posea exclusivamente la cosa común, no podrá correr la prescripción a su favor y en contra de los demás condueños que abandonaron la posesión. Ningún sentido tendría el precepto, si la prohibición se refiriera al caso de que los distintos copropietarios se hubieran mantenido constantemente en la posesión del bien indiviso, ya que en esa hipótesis no habría posibilidad de invocar por uno de ellos, en contra de los otros, la prescripción adquisitiva.[76]

Las dos últimas fracciones del arábigo 1264, proscribe la usucapión, contra quienes se encuentran fuera del país prestando un servicio público al Estado o a la Federación y contra los militares que se encuentren en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Estado.

Sin duda ninguna, que la *ratio legis* de este precepto legal en las fracciones que comentamos, se encuentra en las razones de defensa adecuada, para salir a juicio o reclamar por otra vía los bienes propios, como se comenta en la obra *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Kipp y Wolf,[77] donde textualmente se lee: "sería injusto que se extinguiera por usucapión la propiedad que el dueño no pueda perseguir por vía judicial". Por lo demás, el legislador sólo habla de dos específicos casos, como son cuando alguien esté fuera del país prestando un servicio al ente estatal, local o federal y para militares, (personas cualificadas) cuando haya guerra (circunstancia especial y específica), que sin duda, tienen plena justificación. Además

[76] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala, Cuarta parte, tomo CVIII, Quinta época. p. 1160.
[77] Enneccerus, Ludwing; Kipp, Theodor y Wolf, Martin. *Ob. Cit.*. p. 473.

hay que hacer notar que no se refiere simplemente a los ausentes ni a los militares en tiempo de paz.

14. La buena y la mala fe

Joaquín Escriche[78] define la buena fe en su *Diccionario* como la creencia o persuasión que de aquel de quien recibe una cosa por título lucrativo u oneroso, es dueño legítimo de ella y puede transferirle su dominio. En otra parte señala que "buena fe, no es más la opinión o creencia en que uno está de que posee legítimamente alguna cosa, como cuando compramos a un sujeto que creíamos era el propietario o al menos poder para enajenarlo, aunque en realidad carecía de éstas dos cualidades, y mala fe, es la convicción íntima en que uno se halla de que no posee legítimamente alguna cosa, por haberla tomado sin derecho o haberla adquirido de persona que no podía enajenarla… y mala fe es la convicción íntima en que uno se halla de que no posee legítimamente alguna cosa, por haberla tomado sin derecho o adquirido de persona que no podía enajenarla. También se llama buena fe, en sentido más general, el modo sincero y justo con que uno procede en sus contratos, sin tratar de engañar a la persona con quien los celebra; al paso que por mala fe se entiende el procedimiento en que falta la sinceridad y reina la malicia".

Milciades Cortés, afirma que son dos los elementos de la buena fe: en primer lugar, la convicción sincera en sentido positivo, que es la conciencia de haber adquirido el bien del propietario o titular real del derecho, otra, la convicción sincera en sentido inverso, esto es, la conciencia de que no hubo vicio o fraude en el contrato. Por ello comenta que la buena fe, es la conciencia de haberse adquirido el dominio del bien por medios legítimos, exentos de fraude y de otro vicio. Así, en los títulos traslativos de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido el bien de quien tenía la facultad de enajenarlo y de no haber habido fraude ni otro vicio en el contrato. Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe. Pero el error en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe. Por lo demás, este autor, hace ver que la buena fe está ligada

[78] Escriche, Joaquín. *Ob. Cit.,* p. 675.

casi en todos los casos al justo título, pues si hay vicio en el contrato, o sea en el título, se reflejará en la calificación de la buena fe.[79]

Ernesto Gutiérrez y González, luego de hacer la clasificación entre poseedores de buena y de mala fe, dice que los primeros pueden ser de dos tipos: a) Los que tienen un título suficiente o bien tienen un título viciado y lo ignoran. b) los que no tienen título pero fundadamente creen tenerlo.

En cuanto a los poseedores de mala fe, dice que también pueden ser de dos tipos: a) Los que poseen con título viciado y lo saben. b) Los que poseen sin título y lo saben. Para los poseedores de mala fe, establece una subclasificación: 1) Poseedores que poseen en forma delictuosa y 2) Poseedores que no poseen en forma delictuosa.[80]

Antonio de Ibarrola, se limita a decir que la buena fe consiste en ignorar todos los vicios del título y que si el adquirente conoce uno de los vicios (la incapacidad de su contratante, por ejemplo) es de mala fe.[81]

En cuanto al Derecho Positivo, vigente en el estado de Guanajuato, sólo insertaremos los artículos 1053 y 1054 del Código Civil.

> Artículo 1053.- Es poseedor de buena fe el que tiene o fundadamente cree tener título bastante para darle derecho a poseer.
> Artículo 1054.- Es poseedor de mala fe el que entra a la posesión y posee sabiendo que no tiene título alguno para poseer, el que sin fundamento cree que lo tiene y el que sabe que su título es insuficiente o vicioso.

Al comentar los numerales insertos, habremos de concluir que se apegan casi en su totalidad a las ideas de la doctrina jurídica a que hemos recurrido y citado en los anteriores párrafos. Decimos que "casi", porque advertimos un error del legislador que pudiéremos calificar de garrafal, en tanto que dice, es poseedor de mala fe "el que entra a la posesión y posee sabiendo que no tiene título alguno para poseer" y es que esta aseveración constituye una auténtica aberración, si se tiene en cuenta que en el siguiente artículo (1055), expresa "se entiende por título la causa genera-

[79] Cortés, Milciades. *Ob. Cit.,* pp. 33 y ss.
[80] Gutiérrez y González, Ernesto. *Ob. Cit.,* pp. 621 y ss.
[81] Ibarrola, Antonio de. *Ob. Cit.,* p. 531.

dora de la posesión". Así, tendremos que es jurídicamente imposible que alguien entre a poseer sin que medie acto jurídico alguno, puesto que aun el despojador o el llamado coloquialmente paracaidista, o quien ocupa algún inmueble, creyéndolo vacante, realiza un acto jurídico.

15. El plazo para usucapir sistemas

Ernesto Gutiérrez y González, señala que existen dos sistemas para contar el plazo: 1. El francés y 2. El español.[82]

Conforme al primero no se debe incluir el primer día en que se entra a poseer, pues sería difícil que entrara en el primer minuto de esa data. En cuanto al último día, debe ser completo. Así, en el evento de que el último día sea festivo o inhábil, entonces tampoco se considera, sino que se computará hasta el siguiente que sea hábil. De esta forma se excluye el que la usucapión se compute de momento a momento.

El sistema español, difiere del francés, en que sí considera el primer día, aunque no sea completo. En todo lo demás, es igual que el sistema francés.

El Código Civil guanajuatense en su título octavo contiene una disposición sobre el tiempo para la prescripción, señalando que se cuenta por años y no de momento a momento, excepto en los casos en que la ley así lo determine expresamente.

> Art. 1275.- Los meses se regulan por el número de días que le correspondan.
> Art. 1276.- Cuando la prescripción se cuente por días, se entenderán éstos de veinticuatro horas naturales, contadas de las veinticuatro a las veinticuatro.
> Art. 1277.- El día en que comienza la prescripción se cuenta siempre entero, aunque no lo sea,; pero aquél en que la prescripción termina, debe ser completo.
> Art. 1278.- Cuando el último sea feriado, no se tendrá por completa la prescripción sino cumplido el primero que siga, si fuere útil.

[82] Gutiérrez y González Ernesto. *Ob. Cit.,* p. 643 y s.

Como se advierte, la legislación civil en comento se apega sustancialmente al sistema francés para contar la prescripción.

16. Justificación de la usucapión, en cuanto institución jurídica. Aspectos críticos

El ya citado jurista español Joaquín Escriche afirma que la prescripción se considera entre todas las instituciones sociales, como la más necesaria al orden público. Los antiguos la llamaron *patrona del género humano* y esta institución jurídica, acarrea paz y tranquilidad sociales, al tiempo que evita los pleitos.[83] Planiol y Ripert comparten enteramente estas ideas y aseguran que la usucapión desempeña un papel social considerable. Textualmente abundan en la justificación, cuando dicen que "sin ella, ningún patrimonio estaría al abrigo de las reivindicaciones imprevistas". Expresan más adelante que se puede suponer que el título de adquisición del poseedor actual o de uno de sus antecesores más cercanos se ha perdido o es desconocido. Entonces la prescripción viene en socorro del poseedor.[84] Citamos también a Ernesto Gutiérrez y González, este autor comparte y aclara las anteriores conceptualizaciones, cuando afirma que esta figura jurídica, se justifica a través de la idea de que la prueba de legitimidad originaria en la propiedad, sería imposible sin ella, pues, en efecto, no sería factible que a un actual propietario se le considerara legítimo, si se le exigiera que probara que todos y cada uno de sus antecesores o sea de sus causantes, habían sido también legítimos propietarios y seguramente al irse retrotrayendo en el tiempo, se encontraría que algún propietario anterior había tenido un título defectuoso, que haría también defectuosos a todos los posteriores. Concluye recordando que entre los abogados es común denominar *prueba diabólica*, a la necesidad de acreditar que todos los propietarios anteriores, hasta el inicio de los tiempos de la propiedad privada, han tenido título legítimo.[85]

[83] *Cfr.* Escriche, Joaquín. *Ob. Cit.,* p. 1368.
[84] *Cfr.* Planiol y Ripert. *Ob Cit.*, p. 343.
[85] *Cfr.* Gutiérrez y González. *Ob. Cit.,* pp. 637 y 638.

Capítulo IV
La prescripción adquisitiva en la práctica forense

1. Aspectos sustantivos y procesales

Para comprender debidamente la figura de la prescripción adquisitiva, consideramos de suma importancia hacer un análisis acucioso de problemas prácticos que tienen que ver con aspectos, tanto sustantivos como adjetivos relacionados con la usucapión y despejar algunos tópicos referentes a temas específicos, tales como: 1. La legitimación activa en la causa; el examen de cuestionamientos relacionados con la prueba de la calidad con que se ostenta el promovente; en este contexto, nos situaremos en el caso en que se demanda a quien carece de título de propiedad y su posesión la ampara sólo con informaciones *ad perpetuam*; de igual forma, comentaremos sobre el valor probatorio de un contrato traslativo de dominio. 2. La legitimación pasiva en la causa y ahondar en asuntos donde se presentan situaciones que obligan a demandar no sólo a quien aparece como propietario inscrito en el registro público de la propiedad y el caso del demandado fallecido. 3. Nos haremos cargo del planteamiento y las posibles soluciones en torno a la posibilidad o imposibilidad jurídica de que, conforme a la legislación guanajuatense, se pueda adquirir el carácter de propietario, cuando no existe un titular de ese derecho a quien se pueda demandar. 4. Una polémica cuestión en tratándose de la legitimación pasiva en la causa: la prescripción adquisitiva de derechos posesorios y, en todo caso, si se puede adquirir el carácter de propietario cuando el demandado sólo tiene derechos de posesión. 5. Otro caso relativo a la legitimación pasiva en la causa. Veremos si la acción real de prescripción positiva, es o no improcedente

cuando se cuenta con acciones de carácter personal contra quien se intenta. 6. Un caso excepcional: los bienes que constituyen el patrimonio familiar están fuera de comercio y son imprescriptibles. 7. El término para ejercitar la acción de que tratamos. Nos adentraremos a las interrogantes donde los teóricos del derecho plantean el cuestionamiento acerca de si es posible sostener si la acción de prescripción positiva a su vez ha prescrito. 8. La materia y límites de la acción. El principio de congruencia. Analizaremos si el juez está o no facultado para declarar que ha operado la prescripción de mala fe, aun cuando se haya demandado otra diversa, que puede ser la que se promueve con justo título y buena fe, o sin justo título pero de buena fe. 9. Acumulación de acciones: deben respetar el citado principio de congruencia; por ello no son compatibles las acciones de nulidad del título del demandado y la prescripción adquisitiva. 10. Una regla procesal cuya validez deriva de la jurisprudencia y cobra importancia suma de orden teórico, pero también práctico: la prescripción adquisitiva no prospera cuando se opone como excepción. 11. El problema de las disposiciones administrativas frente a la institución jurídica de la prescripción. Examinaremos si son obstáculo para que opere la usucapión; eventual frauda e la ley. 12. Una cuestión relativa al cómputo del tiempo para efectos de la usucapión.

Resulta conveniente hacer un par de señalamientos: en principio, diremos que más que problemas doctrinarios o de laboratorio, los planteamientos aquí abordados, se hacen valer con cierta frecuencia en demandas civiles que se presentan en los tribunales que existen a lo largo y ancho de nuestro país y a juzgar por las obras doctrinarias de autores extranjeros, que hemos tenido oportunidad de consultar, también se presentan en diversas latitudes y conforme a disímbolas legislaciones civiles en el mundo de tradición jurídica románica-canónica como la denomina Merryman.[1] Por otra parte, advertimos que estos cuestionamientos, todas y cada una de estas interrogantes podrían ser objeto de estudios más profundos y nos atrevemos a decir que darían materia para elaborar, con mucho, estudios más detallados que el presente, motivo por el cual, nos

[1] Merryman John, Henry. *La tradición jurídica romano-canónica.* 1ª ed. en Esp. 1971. 1ª reimp. 1979. México, Fondo de Cultura Económica. pp. 13 y sigs. El autor en su clasificación, menciona a tres tradiciones jurídicas: Derecho Civil Escrito, Derecho Consuetudinario y Derecho Socialista.

limitaremos a sembrar la inquietud y a señalar las posibles soluciones que cada una de ellas merezca, así como las adoptadas por los estudiosos del derecho y en especial, las interpretaciones provenientes de la jurisprudencia de las Salas de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun cuando añadiremos, en algunos casos, opiniones de otros órganos jurisdiccionales y las propias.

2. La legitimación activa en la causa de quien intente la acción de usucapión

El propósito de este apartado, es analizar los conceptos de la doctrina procesal, enlazados con la legislación y los criterios de los órganos del Poder Judicial de la Federación, a fin de plantear y dar solución, en principio, a dos situaciones en que el promovente de la acción infructuosamente pretende obtener declaratoria judicial de que se han convertido en propietario al haber operado los supuestos previstos en las normas previstas para la usucapión. Tales de supuestos se refieren a errores, o mejor dicho, a la indebida postura en que se sitúan y del alcance de la prueba en que basan sus pretensiones, pero a fin de cuentas no logran probar su legitimación en la causa para demandarla. El primero de los casos está referido a quien únicamente aporta como medio probatorio una documental pública, consistente en los testimonios notariales donde consta que en vía de jurisdicción voluntaria, se acreditó ante un juez civil y por medio de las llamadas informaciones *ad perpetuam*, que ha poseído el bien que se pretende usucapir, sin robustecerlas con otro tipo de probanzas. El segundo lo direccionamos al análisis de un criterio proveniente de una contradicción de tesis, obligatoria para todos los órganos jurisdicciones, que nos llamó la atención, el cual sometemos a escrutinio y se relaciona con la exigencia de la escritura donde se plasma el título (contrata), en cuanto estiman debe ser de fecha cierta. Iniciamos entonces con los aspectos doctrinarios.

2.1 Conceptos en la doctrina jurídica, en la legislación y en la jurisprudencia

Se ha dicho que la legitimación activa es la facultad que posee un sujeto para iniciar un proceso. En términos generales se le identifica con el nombre de parte actora.[2]

Hugo Alsina dice que: la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre los requisitos que se exigen para establecer la calidad de parte y que existen tres teorías al respecto. La primera, identifica el concepto de parte con el de titular de la relación jurídica sustancial. La segunda teoría distingue entre el sujeto de la acción y el sujeto de la *litis*. En caso del menor, éste es el sujeto de la *litis* y es parte en sentido sustancial; en cambio, el tutor es el sujeto de la acción y parte en sentido formal. La tercera doctrina, es la adoptada por el propio Alsina y se comprende en la definición que proporciona y que es del siguiente tenor: "Parte es aquel que en nombre propio o en cuyo nombre se pretende la actuación de una norma legal y aquel respecto del cual reformula esa pretensión. Por consiguiente, tiene calidad de tal, quien como actor o demandado pida la protección de esa pretensión jurídica por los órganos jurisdiccionales".[3]

El insigne procesalista Francesco Carnelutti dice que: la palabra parte se utiliza ante todo, para indicar el sujeto del litigio, pero cuando hace el distingo entre parte formal y parte material, dice que "parte se llama, y es justo que se llame, no sólo al sujeto del litigio, sino también al sujeto de la acción". Párrafos antes, ha delineado la noción de <sujeto de la acción>, junto a la de <sujeto de litigio>. "Son dos nociones más, aunque diversas, inversas: sujeto de litigio es aquel respecto del cual se hace el proceso y que, por tanto, sufre sus consecuencias; sujeto de la acción es quien lo hace o al menos quien concurre a hacerlo y, de ese modo, a determinar aquellos efectos".[4]

[2] Colegio de profesores de Derecho procesal. Facultad de Derecho de la UNAM. *Diccionarios jurídicos temáticos, derecho procesal*. Vol. 4. 2ª ed. México, Oxford University Press, 2003. p. 156.

[3] Alsina, Hugo. *Fundamentos de derecho procesal*. México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001. pp. 241 y ss.

[4] Carnelutti, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil.* Parte 2ª. México, Cárdenas Editor distribuidor, 1998. p. 59.

José Becerra Bautista indica, en relación a la capacidad para ser parte, que ésta tiene dos especies: la primera, corresponde a la capacidad del Derecho Civil (diversos autores la identifican con la *legitimatio ad causam*). La segunda (*legitimatio ad procesum*), corresponde a la capacidad de obrar en el juicio. Explica también la conocida distinción entre parte formal y parte material; acota que "…pueden ser partes en sentido material, es decir, actores o demandados a quienes pare perjuicio la sentencia, no solamente las personas físicas plenamente capaces desde el punto de vista del Derecho Civil, sino también los incapacitados y los entes colectivos que no pueden hacerlo "por sí", sino por medio de sus representantes, que son partes en sentido formal".[5]

Ugo Rocco en su *Tratado de derecho procesal civil*, define el concepto de parte en el juicio; dice que son "aquellos sujetos que siendo o afirmándose titulares de una relación jurídica, activos o pasivos, piden en nombre propio la realización de dicha relación por parte de los órganos jurisdiccionales, o que estando legitimados por las normas procesales para accionar, piden la realización, por parte de los órganos jurisdiccionales, de una relación jurídica de la cual no son titulares, pero es titular una tercera persona que podrá o deberá, según las disposiciones de la ley, estar presente en el juicio y sufrir los efectos jurídicos provenientes de la providencia jurisdiccional".[6]

En cuanto a la legislación procesal, tenemos que en los artículos 1º y 2º, del Código de Procedimientos Civiles, disponen que sólo es factible iniciar la actividad judicial a instancia de parte legítima y que puede intervenir en un procedimiento judicial, toda persona que tenga interés directo o indirecto en el negocio que amerite la actividad jurisdiccional.[7]

En cuanto a los criterios de los Tribunales de la Federación, anotamos que existen múltiples tesis publicadas, pero todas ellas son de la misma orientación, de suerte que sólo transcribimos la que nos parece representativa y constituye la síntesis de asuntos resueltos por el Máximo Tribunal de la Nación y es como sigue:

5 Becerra Bautista, José. *El proceso civil en México*. México, Editorial Porrúa, 2003. pp. 22 y 23.

6 Ugo, Rocco. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo II. Parte general. 2ª reim. Buenos Aires. Temis De Palma,1983. p. 115.

7 En relación con los aspectos de legitimación en la causa, ver: Capítulo Quinto, *Supra* VIII, apartado 1.

> LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA. CONCEPTO. Por legitimación procesal activa se entiende la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que se inicie la tramitación del juicio o de una instancia. A esta legitimación se le conoce con el nombre de *ad procesum* y se produce cuando el derecho que se cuestionará en el juicio es ejercitado en el proceso por quien tiene aptitud para hacerlo valer, a diferencia de la legitimación ad causam que implica tener la titularidad de ese derecho cuestionado en el juicio. La legitimación en el proceso se produce cuando la acción es ejercitada en el juicio por aquel que tiene aptitud para hacer valer el derecho que se cuestionará, bien porque se ostente como titular de ese derecho o bien porque cuente con la representación legal de dicho titular. La legitimación ad procesum es requisito para la procedencia del juicio, mientras que la ad causam, lo es para que se pronuncie sentencia favorable.[8]

2.2 El actor material en el juicio de usucapión

Al aplicar los dispositivos y las ideas de carácter doctrinario a que aludimos en los párrafos precedentes, al caso de la acción de prescripción positiva, estamos en aptitud de decir que quien la ejerce, debe ostentarse: 1) como poseedor del bien; 2) asegurar que su posesión es civil, esto es, poseedor a título de dueño, o para utilizar un vocabulario acorde con algunas corrientes doctrinarias, conducirse como dueño en sentido económico; 3) Probar su título, es decir el acto jurídico por medio del cual la adquirió, sea (o no justo), según la hipótesis legal que invoque. Esto por no compartir el criterio sostenido en la tesis 1ª./J.19/2007 que en el capítulo siguiente analizaremos en forma detallada; 4) que la posesión reúne además, las notas de pacífica, pública, continua y de buena (o de mala) fe. De esta suerte, sólo la persona quien cuente con una posesión cualificada, o sea que conjunta las características señaladas, podrá aspirar a obtener un fallo favorable, es decir sólo el actor cuya posesión cuente con los atributos descritos, contará con legitimación activa en la causa.

[8] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación.* Fallos 1917-1985. Tesis relacionada a la de jurisprudencia núm. 177. Octava parte, jurisprudencia común al Pleno y a las Salas. p. 294.

2.3 El poseedor que exhibe sólo informaciones *ad perpetuam*, no prueba su legitimación en la causa

La nota más importante es que la posesión sea civil, esto es, a título de dominio, de modo que quien se ostente como poseedor derivado, como lo puede ser un arrendatario, un comodatario, un depositario, etcétera, evidentemente no podrá aspirar a que se le reconozca el derecho de prescribir el bien a su favor.[9]

Cuestión distinta es el aspecto procesal que se relaciona con la prueba de la calidad del actor en este tipo de acciones reales, de modo que nos abocamos ahora a un aspecto que con alguna frecuencia se presenta en la práctica, los siguientes términos:

En algunas ocasiones, quienes ejercen la acción de que tratamos, o la invocan en vía de reconvención (que es lo más frecuente), tienen la idea errónea, como ya lo adelantamos, de que basta, a fin de obtener sentencia favorable, con exhibir la protocolización de las llamadas informaciones *ad perpetuam*, en tanto suponen que por haber aportado al juez ante quien promovieron las citadas informaciones, testigos idóneos para acreditar, en aquel juicio no contradictorio, que detentan la posesión, con ello quedaron demostrados, en automático, los elementos de la acción prescriptiva.

En forma reiterada, hemos insistido que el elemento primordial de la acción, consiste en que, quien pretende usucapir, pruebe detentar la posesión a título de propietario; de modo que si se afirma contar con ese título, por la circunstancia aislada de que promovió informaciones *ad perpetuam*, ese acto, por sí mismo, no le otorga ese carácter, como tampoco *per se*, lo demuestra y es insuficiente para que el órgano jurisdiccional le reconozca su pretensión.

En ese sentido, quien aspire a convertirse en propietario, a nuestro juicio, deberá revelar y probar (sin incursionar en este momento en el caso cuestionado a que se refiere la jurisprudencia número 1ª./J.19/2007)[10] el acto por el cual inició la posesión, por ser éste el título por el cual posee, que seguramente coincidirá con lo manifestado al promover las informaciones,

[9] En el capítulo segundo, *Supra* III, apartados 1 a 4, examinamos las notas y diferencias entre los posesión originaria, o inmediata, la precaria o derivada, denominada también mediata, la posesión simple y la posesión legítima o legitimada.

[10] Ver capítulo tercero, *supra* I, apartado1.

en el entendido que éste debe ser de naturaleza tal, que denote ser de aquellos por los que se adquiere el dominio.

Sin embargo, si al juicio contradictorio se limita a exhibir los documentos que contienen las informaciones *ad perpetuam*, sin robustecerlas con prueba idónea para probar que es poseedor civil y, para utilizar el lenguaje de Ihering, se ha comportado como propietario en sentido económico durante el lapso necesario, no logrará obtener fallo favorable.

Efectivamente, para acreditar el hecho de la posesión con las características que requiere la ley, debe recordarse que la prueba idónea lo es la testimonial, porque se trata de acreditar la posesión cualificada durante un largo periodo, de modo que se hace indispensable que sea precisamente en el juicio de prescripción donde se examinen los testigos propuestos, sin que sea atendible el argumento que ante el juez quien conoció de las informaciones se hubiesen presentado testigos idóneos, porque en aquel sumario, el propietario, parte demandada, no intervino y no pudo repreguntarlos; por ello, se consideran insuficientes las informaciones. Este criterio se recepta en las tesis de la extinta Tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la nación, cuyo rubro se destaca y luego se expone el contenido de su texto y que son las siguientes:

PRESCRIPCIÓN POSITIVA. INFORMACIONES *AD PERPETUAM*. En el texto de la tesis, se hizo especial mención en el sentido de que las constancias relativas a las diligencias de información *ad perpetuam* no bastan para probar que se trata de una posesión útil para la prescripción, porque no engendran, en manera alguna, los efectos de la prueba testimonial, por no satisfacer las garantías de publicidad y protección del derecho de contradicción reconocida a las partes por las normas que regulan la recepción de la prueba en el juicio. Se argumentó también que la eficacia jurídica de las diligencias de información *ad perpetuam* promovidas en jurisdicción voluntaria con objeto de constituir un título de dominio, está condicionada a que no haya mejores derechos de tercera persona, puesto que se reciben sin perjuicio de terceros y la resolución que en dicho procedimiento se pronuncia carece de la autoridad de cosa juzgada inherente a la sentencia.[11]

[11] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Tomo XXXIII. Sexta época p. 163.

En otro criterio similar al anterior, la entonces Tercera Sala del Máximo Tribunal de la Nación, en tesis del título: INFORMACIONES AD-PERPETUAM. SU VALOR PROBATORIO EN MATERIA PRESCRIPCIÓN. Argumentó que si bien las constancias relativas a las diligencias de información *ad perpetuam* establecen una presunción de la posesión, no bastan para probar que se trata de una posesión útil para la prescripción, porque las declaraciones de las personas que en ellas intervienen, no engendran, en manera alguna los efectos de la prueba testimonial por no satisfacer las garantías de publicidad y protección del derecho de contradicción reconocido a las partes por las normas que regulan la recepción de la prueba en el juicio. La eficacia jurídica de las diligencias de información *ad perpetuam* promovidas en jurisdicción voluntaria con objeto de constituir un título de dominio, está condicionada a que no haya mejores derechos de tercera persona, puesto que se reciben sin perjuicio de terceros y la resolución que en dicho procedimiento se pronuncia carece de la autoridad de cosa juzgada inherente a la sentencia.[12]

Abundamos en el tema y nos hacemos cargo de un tercer criterio publicado en la tesis intitulada: INFORMACIONES AD-PERPETUAM, VALOR PROBATORIO DE LAS. En el resumen de la tesis se afirmó que las diligencias de este corte, tienen por objeto acreditar o justificar el derecho de la persona quien las promueve, y por su carácter de actuaciones de jurisdicción voluntaria, se reciben fuera de contención y no pueden tener valor probatorio, ni como instrumentos públicos, ni como informaciones testimoniales; no se trata de instrumentos públicos, porque su protocolización sólo implica la autenticidad de la información, y tampoco son informaciones testimoniales, porque su recepción no satisface las reglas que establecen las leyes procesales, pero sí entrañan una presunción digna de ser tomada en cuenta, cuando han sido recibidas con arreglo a la ley, protocolizadas y registradas oportunamente.[13]

La Tercera Sala del Máximo Tribunal de la Nación, en esta tesis que comentamos en cuarto lugar, del título: INFORMACIONES *AD PERPETUAM*,[14] reiteró que las informaciones constituyen actos de jurisdicción voluntaria,

[12] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Tomo CXXX. Quinta época, p. 693.
[13] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Tomo CXXVII. Quinta época, p. 111.
[14] *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Tomo CIII. Quinta época, p. 2264.

en los cuales no se da intervención a terceros, y por lo mismo, no pueden surtir efectos contra ellos. Atenta la naturaleza intrínseca de la jurisdicción voluntaria, sólo se requiere la intervención del Juez, para acreditar que el promovente de las diligencias las ha iniciado con alguna finalidad, pero esa intervención no legítima sus pretensiones, por no dirimirse éstas en juicio contencioso. Es por ello que las informaciones no son oponibles a terceros y no pueden equipararse, en valor probatorio, a un contrato de compraventa inscrito en el Registro Público de la Propiedad. Además, el registro de una información de este tipo, debe hacerse sin perjuicio de tercero, ya que no puede perjudicar a quien no fue parte en el procedimiento. Por otra parte, debe estimarse que las diligencias son insuficientes para acreditar la posesión pública, pacífica y continua del promovente de ellas, sobre un bien inmueble, si el mismo se limitó a presentar el escrito en que las promovió, así como a los testigos que declararon, pero no hizo publicación alguna en el órgano oficial del Estado ni en periódico de abundante circulación en la localidad, para hacer saber a los extraños la iniciación de la información de que se trata. En tales condiciones, la falta del requisito de publicidad invalida y vicia los resultados obtenidos y también su registro, ya que todo acto nulo no se convalida con su inscripción. En consecuencia, aunque las diligencias de información *ad perpetuam* se hayan registrado con anterioridad a un contrato de compraventa, es indudable que a éste corresponde mayor fuerza probatoria.

Estamos conscientes de que la cuatro tesis anteriores inciden en el mismo tema y que por ello, se pudiese calificar de reiterativo este estudio; sin embargo a pesar de ello, preferimos hacer referencia a las cuatro, porque en cada una de ellas se da un argumento diferente en relación con las otras tres. La primera precisa la naturaleza jurídica de las informaciones, que parten del supuesto de que no hay mejores derechos de tercera persona; La segunda destaca como elemento significativo que este tipo de diligencias, son ayunas de la autoridad que engendra la cosa juzgada; la tercera, por su parte, razona el por qué no son instrumentos públicos ni tienen la fuerza de un testimonio y la última, además de repetir algunos de los razonamientos que contienen las anteriores, destaca otros elementos por los cuales se le resta valor probatorio, como la falta de publicidad y se hace mención al registro, en relación al cual dice que aún los actos jurídicos registrados pudieran ser nulos, advirtiendo nosotros que todas

ellas tienen como común denominador, la nota de que se trata de un procedimiento no contencioso.

Por último hacemos hincapié en que la prueba testimonial es la idónea para demostrar que al través del tiempo se ha prolongado la posesión de quien intente la prescripción adquisitiva, porque se trata de probar la calidad de poseedor que se ejerce permanentemente, máxime que una de las características de la posesión apta para producir la usucapión, es la nota de continuidad, según el criterio reiterado por los tribunales de la federación y resumido en las tesis de los títulos: POSESIÓN. LA PRUEBA IDÓNEA PARA ACREDITARLA ES LA TESTIMONIAL.[15] Y POSESIÓN. LA PRUEBA TESTIMONIAL ES LA IDÓNEA PARA ACREDITAR LA.[16]

2.4 El valor probatorio de un contrato privado traslativo de dominio

En esta parte de nuestro estudio, nos proponemos examinar el contenido de una tesis que tiene relación con la prueba en que se fundamenta el actor que esgrime como argumento que ha prescrito a su favor un inmueble, que asegura haberlo adquirido mediante un contrato de compraventa, pero la contrata, es decir, el documento que lo contiene, no es de fecha cierta. La Primera Sala, al pronunciarse en relación al valor probatorio, en tesis de contradicción que, por ende, constituyó jurisprudencia, fue concluyente en asentar que este tipo de documental privada, no es útil para probar la celebración del acto traslativo de dominio que el documento contiene. La jurisprudencia se identifica con la voz: PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. EL CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA QUE SE EXHIBE PARA ACREDITAR EL JUSTO TÍTULO O LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN, DEBE SER DE FECHA CIERTA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).

En el resumen, se precisa: A) que son poseedores de buena fe, quienes entran en la posesión a virtud de un título suficiente para darle derecho a poseer, así como quienes ignoran los vicios de su título (título putativo).

[15] Informe de labores de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación que rindió su Presidente al finalizar el año de 1979. Publicación oficial. Segunda Parte, Segunda Sala, tesis 12, México, Mayo Ediciones S. de R. L. 1978. p. 27.

[16] *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Tesis de jurisprudencia I. 6º. C. /J.18Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo 83, noviembre de 1994. P.43.

B) que la posesión apta para prescribir debe ser en concepto de propietario (posesión civil); reitera que debe contar con justo título y puntualiza las notas de pacífica, continua y pública. C) remarca el "que sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción". Así, D) Es necesario comprobar el acto jurídico o hecho que justifique ese carácter, esto es, el justo título. E) recuerda que los documentos privados adquieren fecha cierta 1. El día en que se inscriben en el registro público de la propiedad. 2. La fecha en que se presentan ante un fedatario público y 3. Muere alguno de los firmantes. De no ser así, no prueban frente a terceros. Efectuadas estas precisiones, colige lo siguiente:

> Así, se concluye que si el dominio tiene su origen en un instrumento traslativo consistente en un contrato privado de compraventa, para acreditar el justo título o la causa generadora de la posesión es indispensable que sea de fecha cierta, pues ese dato proporciona certidumbre respecto de la buena fe del acto contenido en el referido documento y otorga eficacia probatoria a la fecha que consta en él, para evitar actos fraudulentos o dolosos, ya que la exhibición del contrato tiene como finalidad la acreditación del derecho que le asiste a una persona y que la legitima para promover un juicio de usucapión; de ahí que la autoridad debe contar con elementos de convicción idóneos para fijar la calidad de la posesión y computar su término.

Al hacer una disección de la tesis, encontramos en primer término, que si se promueve la usucapión contra el vendedor y el actor cuenta con un documento que contiene un contrato de compraventa de fecha cierta, porque fue celebrada la compraventa ante un fedatario público, carece de sentido la demanda porque esta contrata, es el instrumento idóneo para probar su propiedad. Si la fecha cierta deriva de la circunstancia de que está inscrito en el registro público y lo que se quiere es obtener la coloquialmente llamada escritura pública, entonces la acción correcta es la llamada proforma. Por último, si la fecha cierta, se advierte del hecho de haber muerto el vendedor, la acción correcta sigue siendo la *pro forma*, sólo que habrá de demandarse a la correspondiente sucesión.

En este contexto, tenemos que la tesis en comento, sólo tendrá aplicación cuando el bien esté en posesión de un tercero a título de dominio, pues entonces sí procederá la acción prescriptiva; empero, la exhibición del documento sólo será útil para demostrar el acto adquisitivo, no así el resto de los elementos de la acción, como son los el hecho mismo de la posesión material y las notas de pacífica, pública, ininterrumpida y, en su caso, de buena fe. Esto sin perjuicio de que el documento se analice y valore frente a otras pruebas que eventualmente lo contradigan, a efecto de convencer al órgano jurisdiccional, porque al fin y al cabo es esta la finalidad de los medios probatorios, como lo comenta el procesalista Eduardo Pallares, en tanto dice que probar es producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas respecto de la existencia o inexistencia de un hecho, o de la verdad o falsedad de una preposición. También puede decirse que probar es evidenciar algo, esto es, lograr que nuestra mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las materiales.[17] Reyes Retana, dice que por probanza judicial se entienden: las razones o motivos para llevarle a un juez la certeza sobre los hechos; en cuanto a los medios de prueba, destaca su calidad de instrumentos para llevar elementos de convicción al ánimo del juzgador para moldear o complementar su criterio e inserta la siguiente definición: "por prueba debemos entender la actividad que se realiza dentro del proceso y cuyo resultado es demostrar la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación".[18]

Por último estamos y en lo relativo a la parte donde se lee: "si el dominio tiene su origen en un instrumento traslativo consistente en un contrato privado de compraventa, para acreditar el justo título o la causa generadora de la posesión es indispensable que sea de fecha cierta", es necesario reflexionar y matizar el aserto por las siguientes razones: si con la redacción trascrita se quiso decir que en ausencia de la fecha cierta del documento privado de que se trate, no habrá posibilidad de demostrar el acto traslativo de dominio, estamos en completo desacuerdo, en razón de que existen otros medios de prueba que eventualmente logren demostrar la celebración del acto; si lo que se pretendió expresar es que es insuficiente, lo

[17] Pallares, Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil.* 8ª ed. México, Editorial Porrúa, S.A. 1975. pp. 657 y 658.

[18] Reyes Retana Pérez Gil, José Ignacio. *El juicio ordinario civil en Guanajuato y en el foro nacional.* Guanajuato, México, Publicación de la Universidad de Guanajuato. 2005. p. 152.

que significaría que al robustecerlo con otros medios de prueba sí tendría al menos valor indiciario, entonces sí estimamos correcta la intelección de esta tesis, porque de lo contrario, anular cualquier valor que pudiera darse al documento, es tanto como hacerlo nugatorio, sin mayor fundamento. Sostenemos en síntesis: un contrato privado de compraventa, demuestra plenamente el acto jurídico a partir de la fecha de su inscripción en el registro público de la propiedad; del día en que un funcionario o notario público en ejercicio de sus funciones, dio legal fe de su existencia o de la fecha en que falleció uno de los contratantes. En cambio, sólo tendrá valor de indicio o podrá desmerecerlo y, en todo caso deberá ser objeto de examen y valoración a la luz de las reglas de las prueba.

En fecha reciente (sesión de cinco de noviembre de dos mil catorce, y la redacción aprobada el catorce siguiente) la Primera Sala, expresamente, abandonó el criterio en los siguientes términos: "Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia citada (1ª./J.9/2008), estableció que para la procedencia de la acción de prescripción positiva de buena fe es indispensable que el documento privado que se exhiba como causa generadora de la posesión sea de fecha cierta, porque: a) se inscribió en el Registro Público de la Propiedad; b) fue presentado ante algún funcionario por razón de su oficio; o, c) alguno de sus firmantes falleció. Ahora bien, una nueva reflexión sobre el tema lleva a apartarse de ese criterio y, por ende, a interrumpir dicha jurisprudencia, ya que, tanto la certeza de la fecha como la celebración misma del acto jurídico traslativo de dominio, incluyendo la autenticidad del documento, pueden acreditarse con diversos medios de prueba que deben quedar a la valoración del juzgador, además de que el cumplimiento con alguno de los tres requisitos señalados no es óptimo para acreditar el "justo título".[19]

[19] La jurisprudencia en que abandonó el criterio se intitula: "PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. AUNQUE LA LEGISLACIÓN APLICABLE NO EXIJA QUE EL JUSTO TÍTULO O ACTO TRASLATIVO DE DOMINIO QUE CONSTITUYE LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN DE BUENA FE, SEA DE FECHA CIERTA, LA CERTEZA DE LA FECHA DEL ACTO JURIDICO DEBE PROBARSE EN FORMA FEHACIENTE POR SER UN ELEMENTO DEL JUSTO TÍTULO (INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1ª./J.9/2008). A la fecha en que esto se escribe no se ha publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Empero, deriva de contradicción de tesis 204/2014. "Entre las sustentadas por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. 5 de noviembre de 2014. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José

Sin embargo, al indicar cuales son los requisitos que ahora se deben exigir, conforme a este nuevo criterio, también criticable dijo: "para probar su justo título, el promovente debe aportar al juicio de usucapión las pruebas necesarias para acreditar: 1) que el acto traslativo de dominio que constituye su justo título tuvo lugar… 2) si el acto traslativo de dominio de que se trata es oneroso, que se hicieron pagos a cuenta del precio pactado… y, 3) la fecha de celebración del acto jurídico traslativo de dominio… De manera que todo aquél que no pueda demostrar un nivel mínimo de diligencia, podrá prescribir, pero en el plazo más largo, previsto en los códigos…"

El aspecto que no escapa a la crítica, tiene, al menos, una doble vertiente: 1º. Resulta injustificado, a todas luces que, aun cuando se alegue la prescripción de buena fe, se deba probar "si el acto traslativo de dominio de que se trata es oneroso, que se hicieron pagos a cuenta del precio pactado". Lo anterior, porque con esta exigencia, se priva al interesado de hacer valer un derecho consignado en los códigos civiles y de un plumazo se hace desaparecer la institución jurídica de la prescripción liberatoria o negativa, como también se le conoce, puesto que en más de algún caso pudo haber sucedido que el acto traslativo de dominio (por ejemplo una venta a plazos), no se hubiere cubierto cantidad o abono alguno y el vendedor negligente hubiere sido omiso en exigir el pago durante muchos años. Así, es evidente que no tiene justificación esta exigencia.

2º. Se afirma y se da a entender, que operará, en efecto la usucapión, pero la llamada de mala fe, a pesar de no reunirse los requisitos señalados en los otros incisos, es decir, que tuvo, en efecto el acto traslativo de dominio y que no sea indispensable conocer la fecha de su celebración, lo que hace incongruente, (al menos en apariencia) la tesis misma, porque para justificar la existencia de la fecha de celebración, textualmente se aduce, en referencia a la fecha de la celebración del acto jurídico traslativo de dominio, que: "deberá acreditarse en forma fehaciente, pues constituye el punto de partida para el cómputo del plazo necesario para que opere la prescripción adquisitiva". Así, la contradicción es manifiesta: la fecha para

---

Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en cuanto al fondo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras."

efectuar el cómputo es indispensable para la procedencia de la prescripción; empero ¿por qué sólo para de buena fe? ¿Acaso para la de mala fe no hay necesidad de efectuar cómputo alguno? ¿Para la procedencia de esta última, no es necesario que la posesión sea civil? Observamos, no obstante, que esto tiene su apoyo en la tesis la tesis 1ª./J.19/2007, la que no compartimos, por las vastas razones que luego se exponen en el capítulo siguiente.

3. La legitimación pasiva en la causa. Conceptos generales

Este concepto es la otra cara del diverso de legitimación activa que en el anterior apartado se trató y tiene que ver con el de parte. Tiene íntima relación con el proceso y la relación procesal; así, "es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre se demanda) una actuación de ley y aquel frente al cual ésta es demandada": Chiovenda. Este autor, cita a Redenti, quien define al demandado como "aquel que es necesariamente llamado en el proceso para funcionar en nombre propio como contradictor". En párrafos subsecuentes, Chiovenda enseña que una demanda en el proceso supone dos partes: la que hace y aquella frente a la cual se hace. De ahí se obtiene la posición del actor y del demandado. Finalmente afirma de manera categórica que un proceso civil sin estas dos partes no puede concebirse.[20]

Por su parte, Fiaren Guillén dice que las personas opuestas en el conflicto –que devendrá en litigio– ocupan posiciones "de parte", y que se acude a los jueces a fin de que actúen el derecho prexistente. Más adelante, expresa que lo que caracteriza a la llamada jurisdicción contenciosa es la idea de "conflicto entre partes reconocidas y determinadas". [21]

Calamandrei, se refiere a la bilateralidad del proceso y al principio de contradicción y asevera que "en todo caso, frente a quien pide la sujeción de otro (actor en el proceso civil…), se encuentra alguien quien debe ser sujetado (demandado en el proceso civil…)" "De este modo, el impulso

[20] Chiovenda, José. *Principios de derecho procesal civil.* Tomo II. México, Cárdenas Editor y distribuidor. 1980. pp. 6,8 y ss.

[21] Fiaren Guillén, Victor. *Teoría general del derecho procesal*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1992. pp. 134 y ss.

y la colaboración en la jurisdicción, le llegan al órgano judicial de dos partes; el juez no debe decir en virtud de una propuesta de providencia, sino que debe escoger entre dos propuestas, por lo general antitéticas… De este modo la acción, como actividad dirigida a presentar al juez una propuesta de providencia, no es solamente propia del actor: porque también el demandado aun cuando se limite a pedir el rechazamiento de la demanda contraria, viene, en sustancia, a solicitar del juez que pronuncie una sentencia de declaración negativa de mera certeza, esto es, una providencia diversa de la pedida por el actor, y favorable, en lugar de éste, a él como demandado".[22]

Carnelutti, es quien introduce el concepto de legitimación procesal; arranca de la idea de que es la acción, la actividad jurídica por excelencia, que produce consecuencias. De ahí que no pueda ser desenvuelta por cualquiera, sino por quien cuente con determinados requisitos y que no son otros, sino los que se refieren a la capacidad y a la legitimación. La capacidad es la idoneidad de las personas para actuar en juicio, inferida de sus cualidades personales. La legitimación representa, en cambio, dicha idoneidad inferida de su posición en el litigio. Es decir no basta que se posea las cualidades derivadas de la capacidad, es necesario que se cuente con interés en el litigio; luego hace el distingo de legitimación en el proceso y legitimación (en la causa) o legitimación para demandar y legitimación para contradecir. En otro apartado[23] dice que la posición de las partes es distinta en el proceso y por tanto reciben en él nombres diferentes; distingue la parte que pretende con la parte contra la que se pretende; la primera asume la iniciativa y la otra la soporta. Quien la asume se llama actor y quien la soporta demandado.[24]

A propósito de los conceptos de demanda y su contestación, conviene recordar con Carlos Arellano García, que en el ámbito del vocabulario procesal, la contestación hace referencia a la respuesta que la parte demandada da a las pretensiones del actor contenidas en el escrito de demanda. Por tanto en el lenguaje forense, la contesta-

[22] Calamandrei, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Vol. I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA). 1986. pp. 238 y ss.

[23] Carnelutti. *Ob. Cit.,* p. 63 y ss.

[24] Carnelutti, Francesco. *Sistema de derecho procesal...* p. 25 y ss.

ción es al demandado, lo que la demanda es al actor.[25] En este mismo sentido, Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga afirman que la contestación tiene la misma naturaleza que la demanda, incluso dicen que "la contestación es la "demanda del demandado".[26] De la similitud en la naturaleza procesal del actor y demandado, se hace cargo Becerra Bautista cuando observa que como el proceso supone la existencia de dos sujetos con intereses distintos y aún antagónicos, el demandado en contra de quien se instaura una acción, tiene el mismo derecho de pedir justicia, idéntico al del actor: *reus in excipiendo fit actor* (el reo cuando se excepciona se convierte en actor).[27]

3.1 La vocación del demandado en la usucapión

Como corolario de lo antes expuesto, pero más que corolario, al aplicar los conceptos abordados, tendremos que en el caso específico de la acción prescriptiva, quien cuenta con legitimación pasiva y a quien ha de demandarse es al propietario, es decir a la persona quien detenta el derecho real de referencia, puesto que es a ésta persona a la cual se pretende arrebatar el derecho de propiedad; es el titular de ese derecho y no otro quien tiene la vocación para llamarlo a juicio a fin de que defienda sus intereses. Así se conforma en un gran porcentaje, la relación procesal: el actor es quien asegura ser el poseedor cualificado, que reúne además los requisitos exigidos para usucapir y el demandado, resulta ser el propietario del bien objeto de litigio.

Sin embargo, cuando la persona a quien haya de demandarse, en algunos casos, no haya dado señales de vida, es decir, cuando el dueño no sea persona conocida por el poseedor calificado, aspirante a convertirse en nuevo propietario, deberá demandar a quien aparezca inscrito con ese carácter en el Registro Público de la Propiedad, por ser ésta la institución con la que se cuenta en nuestro medio para fines publicitarios de derechos inscribibles. Empero a la calificación del legitimado pasivamente en la acción que nos ocupa, debe añadírsele otra: la de ser el actual propietario.

[25] Arellano García, Carlos. *Derecho procesal civil*. 18ª ed. México, Editorial Porrúa. 2011. p. 181 y ss.

[26] Pina, Rafael de y Castillo Larrañaga, José. *Derecho procesal civil.* 10ª ed. México, Editorial Porrúa S. A. 1974. pp. 408 y ss.

[27] Becerra Bautista, José. *Ob. Cit.*, pp. 3 y ss.

Por último, cuando no exista propietario alguno, estaremos en presencia de un bien vacante, figura jurídica regulada por los códigos civiles y que merecen un trato particular del cual no nos ocupamos, dado el tema en que se centra nuestro interés.

3.2 Dualidad de demandados. El propietario inscrito, no actual

Continuando con el orden de ideas, apuntamos que, en efecto, existen casos en los que aparece un dueño inscrito y otro de facto, de modo que surge la interrogante de a quién de ellos debe demandarse ante semejante situación. Para solucionar el planteamiento, es necesario razonar de la siguiente manera:

De inicio, cabe reiterar que la posesión es el poder de hecho que se ejerce sobre una cosa mediante actos que corresponden al ejercicio de la propiedad; así, a través de la posesión es posible adquirir la titularidad de un bien que se encuentre en el comercio, conforme lo disponen los artículos 1231,1232 y 1233, del Código Civil para el estado de Guanajuato.

En esos términos, la adquisición de bienes en virtud de que ha operado la usucapión, de conformidad con el artículo 1225, de código sustantivo civil en cita, puede promoverse contra quien aparezca como propietario de esos bienes en el Registro Público de la Propiedad.

Ahora, de acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que por lo demás nos parece acertado, si el poseedor sabe quién es el verdadero propietario, debe demandar a éste, así como a quien aparece inscrito en el registro, pues la regla de que deben ser llamados al juicio de prescripción adquisitiva tanto el verdadero dueño, como el titular del derecho registral, aplica para los casos en que el poseedor sabe la existencia de un propietario cierto y lo conoce, y que éste es distinto de quien aparece inscrito en el registro. El propio Máximo Tribunal de la Nación, destaca que conforme a esta idea, no se obliga al actor a indagar quienes son o han sido propietarios del inmueble, sino únicamente a establecer que en los casos en los cuales el demandante conozca tanto al verdadero propietario, como a quien aparece en el Registro Público de la Propiedad, demande a ambos, para así terminar con el estado de incertidumbre que entraña la posesión, pero teniendo en consideración los derechos del auténtico titular del derecho de la cosa y respetando su garantía de audiencia previa al acto privativo. Además, así no se atribuye el abandono del bien inmueble

a quien no es realmente su dominador reconocido y amparado como el titular de la propiedad, ni se sanciona a quien no puede imputársele la calidad de propietario negligente.

Por otro lado, el fin de la prescripción adquisitiva se haría nugatorio, si de conformidad con el artículo 1252, de Código Civil para el estado de Guanajuato, se limitara su ejercicio sólo contra el propietario que aparece en el registro público, pues si se conoce de antemano que el propietario real es otro, el poseedor (actor) debe demandar a los dos sujetos por las razones antes anotadas.

De igual manera, cabe señalar que el precepto legal en cuestión únicamente contempla dos hipótesis para adquirir la titularidad de un bien, esto es, cuando el inmueble se encuentra inscrito en el Registro Público de la Propiedad y cuando el bien carece de tal inscripción. Así, cuando el demandante sólo conoce como propietario a quien aparece inscrito en el registro, en contra de éste deberá ejercitar la acción de prescripción adquisitiva, o bien, si el predio carece de registro, el actor deberá demostrar ante el juez competente, que ha tenido la posesión del mismo, rindiendo la información testimonial respectiva. En este sentido, es claro que cuando se solicita el reconocimiento de que el poseedor se ha convertido en propietario, es indispensable demandar a quien aparece con esa calidad y además, a quien realmente tenga ese carácter (si ello se conoce), porque cuando el bien no se encuentra inscrito en el registro público y se desconoce quién es el propietario, el interesado únicamente puede obtener el reconocimiento judicial de su posesión a través de la información testimonial relativa.

El resumen de lo anterior expuesto, lo podemos sintetizar de la siguiente forma: por lo general, en una sola persona coincide la calidad de propietario y la inscrita como titular de ese derecho del registro de propiedad; sin embargo, pueden existir casos en los que, sin importar la razón, las anotaciones registrales dejan de producirse y acontece que no coincide la persona a cuyo nombre aparece registrado un bien, con la del verdadero dominador, de ahí que la Suprema Corte haya establecido en jurisprudencia obligatoria, que en este tipo de casos, cuando se conozca quien es el verdadero propietario, deba demandársele de igual manera, a fin de respetar su garantía de audiencia. Así, en la hipótesis a examen, se configura un auténtico litisconsorcio pasivo necesario, en tanto que dos

sujetos han de ser demandados por causa de una misma pretensión: la de usucapir un inmueble respecto del cual uno goza de un derecho registral y el otro de uno de propiedad.

El criterio en el que sustentan las anteriores conclusiones, proviene de la primera Sala y se encuentra publicado bajo el siguiente rubro:

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. LA ACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1156, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DEBE DIRIGIRSE CONTRA QUIEN APARECE COMO PROPIETARIO EN EL REGISTRO PÚBLICO Y TAMBIÉN EN CONTRA EL VERDADERO PROPIETARIO, CUANDO NO COINCIDAN, SI EL POSEEDOR SABE DE ANTEMANO QUIEN ES ESTE ÚLTIMO.[28]

En cuanto al contenido, afirma la Primera Sala, que cuando se dirige a un bien determinado de prescripción adquisitiva, la ley, de manera expresa, se refiere a:1) bienes registrados y 2) bienes sin registro. Sin embargo, no contempla la hipótesis en la que el bien está registrado, pero a nombre de quien no es el verdadero propietario. Esto obedece a que en la generalidad de los casos, los sujetos coinciden. Por ello se debe demandar a quien aparezca en el registro, pero si así no ocurriera, no hay porqué establecer una carga adicional y prácticamente irrealizable para el poseedor de investigar quien en realidad detenta la propiedad. Sin embargo, en casos distintos, se haría nugatorio el fin perseguido por la prescripción adquisitiva suponer que la ley limita el ejercicio de la acción respectiva sólo en contra del propietario que aparece en el registro público, cuando se sabe que el propietario real es otro. Ante esta circunstancia, el poseedor que quiera adquirir, debe demandar a los dos sujetos mencionados, pues sólo así el estado de incertidumbre que entraña la posesión cesaría; además, se tomarían en cuenta los derechos del auténtico dueño de la cosa y se respetaría su garantía de audiencia previa al acto privativo. Al mismo tiempo no se atribuiría el abandono del bien inmueble a quien no es realmente su propietario, ni se sancionaría a quien puede imputársela la calidad de "dueño negligente".

[28] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XX. Pleno, Salas y Acciones de inconstitucionalidad. noviembre 2004. Novena época, p. 25.

3.4 El demandado fallecido

Se enfrentan en ocasiones, quienes pretenden obtener el título de propietarios por medio del juicio ordinario civil en que ejercen la acción de prescripción positiva, que deben demandar a quien aparece inscrito como propietario ante el registro público de la propiedad, pero esta persona ya ha fallecido, e incluso en algunas veces aportan la correspondiente acta de defunción y encuentran que la posesión del bien la detenta un tercero quien celebró con el fallecido un contrato de arrendamiento y se preguntan entonces a quién deben demandar.

La respuesta nos parece obvia: es la sucesión, la legitimada pasivamente para salir al juicio y defender el bien que se quiere usucapir, por pertenecer a la masa hereditaria y generalmente comparece el albacea de la sucesión relativa.

Este caso nos parece de clara respuesta, pero lo comentamos porque nos llamó la atención el criterio que sobre el particular publicó el Sexto Tribunal Colegiado del Primer circuito, en la tesis del rubro y contenido que se trasunta:

> ACCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. IMPROCEDENCIA DE LA, ENDEREZADA EN CONTRA DE PERSONA FALLECIDA. Es improcedente la acción de prescripción encaminada en contra de persona fallecida, toda vez que ésta no podrá acudir a debate por más que a su nombre se encuentre inscrito el bien motivo de la controversia en el Registro Público de la Propiedad, pues en último caso tal acción, se deberá hacer valer en contra de la sucesión del de cujus demandado en virtud de que será aquélla quien sí estará en posibilidad de acudir a juicio a través de su albacea, evitando con ello un estado de indefensión.[29]

[29] *Semanario Judicial de la Federación*, Octava época, tomo XV-1, febrero de 1995. Materia Civil. Sexto Tribunal Colegiado del primer Circuito, p. 133.

4. Imposibilidad Jurídica de adquirir el carácter de propietario vía usucapión cuando no existe a quien

Se puede demandar, conforme a la legislación civil del estado de Guanajuato

Cuestión totalmente distinta a las situaciones acabadas de tratar, ocurre cuando no hay posibilidad de demandar a ninguna persona en juicio contencioso, que es el único que arroja como resultado la declaratoria de propiedad por usucapión. En otras palabras: si no hay contención no hay demanda donde prospere la acción de prescripción adquisitiva de bienes inmuebles.

En efecto, el Código Civil del estado de Guanajuato en su artículo 1252, último párrafo establece:

> Artículo 1252.- (…)
> (…)
> cuando no se esté en el caso de deducir la acción (de prescripción) que se menciona en el párrafo primero, por no estar inscrita en el registro público de la propiedad los bienes en favor de persona alguna, se podrá demostrar ante el juez competente, que se ha tenido la posesión, rindiendo la información respectiva en los términos del Código de procedimientos Civiles.

De esta forma, cuando no exista alguien a quien demandar, los poseedores siempre serán eso: sólo poseedores.

Estas ideas son respaldadas por la jurisprudencia intitulada: ACCIÓN REIVINDICATORIA. NO QUEDA PROBADO EL ELEMENTO PROPIEDAD NECESARIO PARA SU PROCEDENCIA, SI EL TÍTULO EXHIBIDO POR EL ACTOR TIENE COMO ANTECEDENTE CAUSAL DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN *AD PERPETUAM* (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). La Primera Sala del Alto Tribunal de la Nación, en el texto aprobado, que se transcribe asentó:

> Acorde con la jurisprudencia 1a./J.91/2005, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXII, agosto de 2005, página 86, con el rubro: "INFORMACIONES AD PERPETUAM. LA RESOLUCIÓN QUE EN ELLAS SE DICTE NO ES

> APTA PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE MATERIA DE UN JUICIO REIVINDICATORIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)", la resolución recaída a diligencias de jurisdicción voluntaria de información ad perpetuam no es apta para acreditar la propiedad, sino sólo la posesión; de ahí que por virtud de la institución jurídica de la causahabiencia, quien posee un bien en esas condiciones, al transmitirlo única y exclusivamente puede trasladar la posesión, ya que el causahabiente sólo puede sustituirse en los derechos de que disponga su causante. En congruencia con lo anterior, se concluye que no queda probado el elemento propiedad, necesario para la procedencia de la acción reivindicatoria, si el título exhibido por el actor para acreditar tal extremo tiene como antecedente causal diligencias de jurisdicción voluntaria de información ad perpetuam, aun cuando esté revestido de la forma de un acto jurídico por el que es factible adquirir la propiedad (venta, donación, testamento, permuta, etcétera), pues con ello sólo se demuestra que se adquirió la posesión del bien, pero no su propiedad.[30]

De lo hasta aquí narrado, podremos asegurar que en semejantes casos, el poseedor a título de propietario no podrá jamás adquirir la propiedad, puesto que a pesar de que transcurra el tiempo, siempre detentará la posesión, sin el carácter de propietario y si bien, mientras nadie le dispute ese derecho podrá disfrutar de él, lo cierto es que la legislación no propone solución alguna.

Quizá fuese adecuado idear alguna fórmula legal para que se lograra al través de los años, asegurar el derecho de propiedad y evitar zozobras, por ejemplo, establecer que una vez inscritas en el registro público de la propiedad los títulos posesorios, transcurridos algún número importante de anualidades (por ejemplo veinte años), se pudiera acudir ante los jueces civiles para que declaren que esos poseedores han logrado usucapir, ante la ausencia de un propietario que se le oponga.

[30] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXVIII, julio de 2008. Tesis 1ª./J.53/2008. Primera Sala. Materia Civil, Novena época. p. 11.

5. La prescripción adquisitiva de Derechos posesorios

Examinaremos ahora un caso excepcional en tratándose de la legitimación pasiva en la causa: (la prescripción adquisitiva de derechos posesorios). Hemos dicho en forma reiterada que, por definición, la acción de prescripción positiva tiene como finalidad el obtener el reconocimiento del derecho de propiedad, que ha de arrebatarse a quien aparezca como dueño.

No obstante lo anterior, ocurre con más frecuencia de lo que pudiera pensarse, que en el registro público de la propiedad aparece inscrito como titular de un bien, una persona que, por ejemplo, obtuvo a través de un contrato de compraventa el inmueble, pero sucede que sus causantes (quienes le vendieron), sólo contaron con informaciones *ad perpetuam,* e incluso se dan situaciones en que los registros tienen una antigüedad muy considerable, de modo que quien ha poseído con los atributos legales para prescribir, se encuentra que no puede aspirar a que el juez declare que ha arrebatado la propiedad a quien se encuentra inscrito, porque no es precisamente propietario. De ahí surge el dilema de: 1) si debe o no prosperar la acción prescriptiva; 2) en todo caso lo que debe prescribirse son los derechos posesorios, atentos al principio de que nadie da lo que no tiene 3) de todas formas debe declararse propietario a quien demostró los extremos de la usucapión que demandó. Ahora bien, a las interrogante apuntadas, no es posible dar respuestas categóricas, a excepción de la primera que siempre será en sentido negativo; a la segunda orientada a sostener la imposibilidad de transformar los derechos posesorios que tiene el demandado en derechos de propiedad a que aspira el actor, existen argumentos válidos para sostener posturas contrarias. La última, dirigida a sostener que es el tiempo el que ha transformado el derecho de posesión, también existen argumentos sostenibles racional y jurídicamente para sostén la postura afirmativa y aducir que bien puede el juez declarar propietario a quien probó haber poseído en los términos de lay para que a su favor opere la prescripción, aun y cuando el derecho inscrito del demandado sea el de poseedor.

5.1 Primer posicionamiento: Es improcedente la acción

En lo que respecta a la primera postura, debe desestimarse sin mayor esfuerzo argumentativo, porque no es posible, de un plumazo, declara improcedente la usucapión de un inmueble cuando el anterior poseedor no contaba con el derecho de propiedad, porque sin lugar a dudas los derechos también son prescriptibles y la posesión, entendemos que, seriamente, nadie le niega ese carácter. En otras palabras, afirmamos que no hay argumentos jurídicos serios y sólidos que lleven a la conclusión de que los derechos no prescriben.

5.2 Segundo posicionamiento: Sólo pueden prescribirse derechos posesorios

En lo referente al segundo posicionamiento, quienes defienden esta postura, afirman que la solución consiste en sostener que la autoridad judicial sólo podrá reconocer que operó la prescripción adquisitiva, pero sólo del derecho a poseer, y no que el actor, por el transcurso del tiempo se ha vuelto propietario, en sustitución del anterior dominador que sólo contaba con derechos posesorios, porque como ya se dijo, nadie da lo que no tiene y no se puede afirmar, en estricta lógica, que se arrebate un derecho que no es el de propiedad, para dárselo a otro, pues ello supone un derecho distinto. Quienes así piensan, aseguran que para transformar el derecho de posesión en el de propiedad, se haría necesaria una reforma legal. Para desarrollar estas ideas, primero habremos de precisar, que la ley no contiene disposición expresa o casuista sobre el tema y la jurisprudencia del máximo tribunal de la nación, no se ha pronunciado sobre el tópico que se demande a un no propietario la usucapión y se declare dueño al actor, pues esto constituiría un fraude a la ley.

Conforme a estas ideas, como hemos venido insistiendo, reiteramos ahora y lo haremos en el apartado siguiente, la legislación civil de la entidad, no reconoce por ningún motivo, a quienes han promovido informaciones *ad perpetuam*, carácter de propietarios. Así se asume en la jurisprudencia que tiene el carácter de obligatoria, conforme a lo ordenado en el artículo 192 de la Ley de Amparo que se identifica bajo la voz: INFORMACIONES *AD PERPETUAM*. LA RESOLUCIÓN QUE EN ELLAS SE DICTE NO ES APTA PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE

MATERIA DE UN JUICIO REIVINDICATORIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO).[31] El Alto Tribunal, en esa ocasión consideró que de la interpretación conjunta de los artículos 731 y 734 del Código de Procedimientos Civiles y 1252 del Código Civil, ambos para el estado de Guanajuato, se advierte que la declaración hecha en un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre diligencias de información *ad perpetuam*, sólo tiene el alcance de acreditar que se ha tenido la posesión de un inmueble, pero en ningún caso que se acreditó la propiedad y pueden servir de base para que en un juicio posterior se decida sobre la propiedad, siempre y cuando se reúnan las condiciones legales necesarias para ello.

Esto es así, porque la propiedad es un derecho *erga omnes* por definición, mientras que la declaración hecha en las informaciones *ad perpetuam* sólo es oponible respecto de algunas personas. Por ello, de dichas diligencias no puede desprenderse un derecho de propiedad que no sea oponible a los demás. De igual forma, la declaración emitida en los procedimientos de jurisdicción voluntaria no tiene efectos constitutivos sino sólo declarativos, pues en ellos no existe una contención entre las partes. De esta manera, la propiedad sobre los inmuebles sólo puede acreditarse mediante el juicio contencioso en el que se han reunido las condiciones legales requeridas, por lo que las diligencias de información *ad perpetuam* resultan ineficaces para probar el elemento de propiedad.

Desde otro punto de vista, cabe recordar que por regla general, se debe demandar a quien tiene el carácter de propietario; por ello, el causante de la parte demandada, a su vez, debió haber transmitido la propiedad y no contar sólo con informaciones *ad perpetuam*. Así se colige del criterio, que si bien no es exactamente aplicable para aquellos casos donde se ejerce la acción de prescripción, sí contiene los argumentos jurídicos que aquí se sostienen. El criterio de referencia está publicado con el rubro: ACCIÓN REIVINDICATORIA. NO QUEDA PROBADO EL ELEMENTO PROPIEDAD NECESARIO PARA SU PROCEDENCIA, SI EL TÍTULO EXHIBIDO POR EL ACTOR TIENE COMO ANTECEDENTE CAUSAL DILIGENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE INFORMACIÓN AD PERPETUAM (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE

[31] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXII, Novena época, Primera Sala, agosto de 2005. Tesis: 1a./J.91/2005 p. 86.

GUANAJUATO).[32] Parafraseando la jurisprudencia en comento, diremos que afirmó que Acorde con la jurisprudencia 1a./J.91/2005, la resolución recaída a diligencias de jurisdicción voluntaria de información *ad perpetuam* no es apta para acreditar la propiedad, sino sólo la posesión; de ahí que por virtud de la institución jurídica de la causahabiencia, quien posee un bien en esas condiciones, al transmitirlo única y exclusivamente puede trasladar la posesión, ya que el causahabiente sólo puede sustituirse en los derechos de que disponga su causante. En congruencia con lo anterior, se concluye que no queda probado el elemento propiedad, si el título exhibido por el actor para acreditar tal extremo tiene como antecedente causal diligencias de jurisdicción voluntaria de información *ad perpetuam*, aun cuando esté revestido de la forma de un acto jurídico por el que es factible adquirir la propiedad (venta, donación, testamento, permuta, etcétera), pues con ello sólo se demuestra que se adquirió la posesión del bien, pero no su propiedad.

Un argumento que nos parece no se ha expresado, es el relativo a que, en estos supuestos, pudiera entenderse que el cambio de un derecho por otro, entrañaría un fraude a la ley, es decir que se estaría creando ficticiamente un derecho que no existía.

No obstante lo anterior, es dable sostener que existen situaciones en las cuales, quien ha tenido la posesión civil, con los demás atributos que marca la ley para los casos de prescripción adquisitiva, puede ejercer esta acción, pero con la limitante de que únicamente podrá lograr el reconocimiento de que por ese medio han adquirido los derechos posesorios. Esto porque justamente eran esos derechos los que detentaba el demandado. En la realidad se han presentado casos como el que en seguida exponemos, pero a fin de matizarlo con fines explicativos, diremos que se trata de un ejemplo de laboratorio, que nos será de utilidad para comprender esta postura.

Pongamos por caso que el actor principal, demanda en vía ordinaria civil y en ejercicio de la acción publiciana, la entrega de un inmueble, alegando que su vendedor le transmitió derechos posesorios e inclusive prueba que esta operación fue celebrada ante notario público y exhibe la escritura correspondiente. Por su parte, el demandado afirma que el

[32] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Tomo XXVIII, Novena época, Primera Sala, julio de 2008 Tesis: 1a. /J.53/2008 p. 11.

causante común, es decir, aquel de quien adquirió su contraria, o sea la persona que vendió los derechos posesorios a su demandante, hacía más de veinte años le había, a su vez, donado verbalmente el inmueble en litigio (nótese que se plantea la existencia de una doble disposición del dominio: una venta y una donación), pero prueba plena y suficientemente, que su posesión ha sido civil, pacífica, pública y continua, aunque se le califique de mala fe. Así, reconviene la prescripción adquisitiva y durante el desarrollo del juicio, logra demostrar con pruebas idóneas sus asertos, de modo que pudiéramos decir que en este cuadro procesal, estamos aptitud jurídica, de declarar, ha operado la prescripción; sin embargo, hay quienes sostienen, no estamos en posibilidad de declarar propietario al actor, quien seguirá siendo poseedor, en tanto sólo podrá arrebatar a su contrario los derechos posesorios que tenía, al no haber tenido el título de propietario.

Ciertamente, de resultar probados los elementos de la usucapión, conforme a este posicionamiento, el efecto será declarar como legal consecuencia, que ante el abandono del bien por más de veinte años y ante la prueba de que durante ese lapso el reconvencionista ha tenido la posesión civil, pacífica, pública, continua y aun de mala fe de ese bien inmueble, ha adquirido los derechos cuyo titular era su contrario y éste se verá privado de los mismos. De esta suerte, tenemos:

A a quien simplemente adquirió derechos de posesión, pues normalmente y por regla general, se debe demandar a quien tiene el carácter de propietario; empero si el causante común no era propietario y por ello tampoco tenía ese derecho real, el actor reconveniente ¿cómo podía contra demandar la usucapión de un propietario inexistente? Sin embargo, en semejante situación sería injusto considerar que, si su contraparte hubiere contado con derecho de propiedad y no simplemente con derechos posesorios, sí habría obtenido fallo favorable a sus intereses. Por ello, se está en el caso de argumentar a favor de la procedencia de la prescripción de derechos posesorios.

Así, es indispensable tener presente la letra de los artículos siguientes del Código Civil del estado de Guanajuato, de actual vigencia:

> Art. 1231.- Prescripción es un medio de adquirir bienes o de liberarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas en la ley.
> Art. 1232.- La adquisición de bienes en virtud de la posesión se llama prescripción positiva; la liberación de obligaciones, por extinguirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa.
> Art. 1233.- Sólo pueden prescribirse los bienes y obligaciones que están en el comercio, salvo las excepciones establecidas en la ley.

De primera intención, pareciere que cuando el legislador local empleó los términos adquirir bienes, utilizó la palabra adquirir, como sinónimo de ingresarlos a su patrimonio, lo que valdría decir: adquirirlos en propiedad. En cuanto a la voz bienes, aparentemente se hace en un sentido estricto, sin que se puedan comprender los derechos y desde este punto de vista meramente gramatical y letrístico, no cabría la posibilidad de prescribir derechos posesorios. Aquí es de suma importancia destacar que la posesión no pude estimase como un hecho simplemente, sino también como un derecho, según lo apuntamos y demostramos en el capítulo segundo, a la posesión se le conceptúa como: 1) un hecho, objeto de protección jurídica y 2) un derecho protegido por la ley. Consideraciones a las cuales nos remitimos.[33]

B) Contra la aparente proscripción de prescribir derechos posesorios, tenemos que los artículos 1240 y 1264, del propio ordenamiento legal, encierra una idea contraria. Tales preceptos dicen:

> Art. 1240.- Si varias personas poseen en común alguna cosa, no puede ninguna de ellas prescribir; contra sus copropietarios o coposeedores; pero sí pueden prescribir contra un extraño y en este caso, la prescripción aprovecha a todos los partícipes.
> Art. 1264.- La prescripción no puede comenzar ni correr:
> …
> IV.- Entre copropietarios o coposeedores del bien común.
> …

[33] Ver capítulo segundo, *Supra* IV.

Como puede advertirse en forma nítida, de los preceptos transcritos aparece y la ley contempla, al menos en forma implícita, la posibilidad de que un coposeedor pudiese intentar la prescripción del bien común, de quien reconoce compartir los derechos posesorios y prescribir, precisamente esos derechos de posesión, porque si se trata de una coposesión, no puede hablarse de otro tipo de derechos, como vendría a ser la propiedad, de ahí consideramos que una interpretación adecuada y sistemática al ordenamiento legal en comento, nos autorice a sostener que en casos como el de nuestro ejemplo, deba considerarse prevista la acción de prescripción adquisitiva cuando su objeto sea no la propiedad, sino derechos posesorios, pero según el posicionamiento que examinamos, se tendría la limitante de que se adquiere sólo éste derecho, porque no puede, en estricta lógica, afirmarse que se adquiere la propiedad de quien se priva únicamente de derechos posesorios, como lo hemos reiterado y lo hacemos de nueva cuenta. Además, argumentan quienes así piensan, de aceptar lo contrario, sería abrir la posibilidad de incurrir en un fraude a la ley.

Un último argumento para sostener este criterio, es de la índole perteneciente a la equidad. Porque, en principio los tribunales nunca deben dejar de resolver un litigio civil y además deben hacerlo interpretando la ley, con justicia y equidad. Estos asertos subyacen en los artículos 14 y 17 Constitucionales, en tanto ordenan el segundo de ellos que los tribunales estarán expeditos para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Por lo demás, el primero de los ordinales citados, dispone: en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales de derecho.

Como conclusión obligatoria, habremos de sostener que se antoja inequitativo, fallar en contra de quien ha demostrado todos los extremos para prescribir, por la única circunstancia de que su oponente, por circunstancias ajenas a él y para su infortunio, sólo contaba con derechos posesorios que hubiera obtenido, de haber contado su contrario con el diverso de propiedad.

5.3 Tercer posicionamiento: Es factible declarar propietario al actor, aun cuando el demandado sólo hubiere sido poseedor

En nuestra óptica, cuando se logran probar de manera plena los elementos de la acción de prescripción adquisitiva, sí se está en el caso de que el juez de instancia en su sentencia definitiva, tenga facultades para declarar propietario al actor, sin que sea impedimento el que el demandado sólo contase con derechos posesorios, porque ha logrado demostrar los elementos que la legislación establece a efecto de que se le reconozca como nuevo dominador y se ha convertido en propietario.

Ciertamente, nos apoyamos sustancialmente en la *ratio legis* que subyace en la institución de prescripción adquisitiva y que no es otra que la de dar seguridad jurídica a la tenencia de los bienes afectos a la acción de usucapión, declarando nuevo propietario a quien obtuvo fallo favorable en juicio y que fue quien ejerció la acción en comento. Para dar un sustento mayor a nuestro aserto, nos apoyamos en la autoridad de don Joaquín Escriche, y repetimos la cita que ya evocamos en el tercer capítulo es este trabajo, en tanto afirma que "la prescripción, se considera entre todas las instituciones sociales, como la más necesaria al orden público y que los antiguos la llamaron patrona del género humano y que esta institución jurídica, acarrea paz y tranquilidad sociales, al tiempo que evita los pleitos".[34]

Desde esta perspectiva, no queda duda de que, en efecto, se desplaza el antecedente del título del demandado de simple poseedor, quedando relegado a un segundo término, porque consideramos que al haber probado todos los elementos de la acción prescriptiva en examen, es el tiempo, quien le otorga el título de propietario. De esta suerte se desvanece el argumento de que nadie da lo que no tiene, porque es la sentencia constitutiva, la que propiamente otorga el carácter al nuevo propietario, quien más que arrebatar el derecho, demuestra ante la autoridad judicial, adquirió ese derecho y actuó en su favor el tiempo.

No desatendemos el riesgo de que pudiera darse alguna conducta ímproba, de promover juicios de usucapión con la finalidad aviesa de ob-

[34] *Cfr.* Escriche, Joaquín, *Diccionario de legislación y jurisprudencia,* Madrid, 1873. Ed., facsimilar, por Cárdenas Editor y Distribuidor, dos tomos, México, 1979. p. 1368.

tener el carácter de propietario, cuando no se adquirido ese derecho real, sino sólo se tiene uno de poseedor y que en algún momento, en algún caso poco probable, apareciere una persona distinta ostentándose con el carácter de propietario, que habría de litigar contra el adquirente de la usucapión que, de no haber obtenido ese título por medio de sentencia constitutiva del derecho, tendría la ventaja de que su oponente no contara sino con título posesorio, derivado de un procedimiento voluntario con escaso valor probatorio. Sin embargo, esta persona (propietario no llamado al juicio de usucapión), no quedaría indefenso, puesto que, por una parte, tiene expeditos sus derechos para lograr se reponga el procedimiento, se reintegre al correspondiente juicio civil y se le otorgue su derecho fundamental de audiencia, por medio del amparo indirecto, que indudablemente sería procedente y, por otra, en otro escenario, podría lograr la nulidad de juicio fraudulento, si fuere el caso. Por lo demás, de aceptar que al operar la usucapión, sólo se adquieren derechos posesorios, es tanto como sostener que jamás habrá la posibilidad de que sobre el inmueble de que se trate, no podrá haber un propietario, lo que pugna con la idea de que la prescripción adquisitiva de inmuebles, que es el caso al que en esta parte nos referimos en específico, no es útil para adquirir la propiedad.

Como comentario final y sin detrimento de las ideas expuestas, consideramos que sería saludable que el legislador, encargado de la elaboración de las normas de Derecho Civil, en esta caso la legislatura local del Estado, adicionara el código de la materia, para incluir en este renglón una norma de Derecho Positivo que receptase la solución contenida en los últimos párrafos que anteceden.

6. Los bienes que constituyen el patrimonio familiar están fuera de comercio y por ello son imprescriptibles.

Esta sustracción de bienes a la procedencia de la usucapión, tiene fundamento, a nuestro modo de ver las cosas, en una consideración toral, que en el trasfondo, constituye un sólido pilar del sistema social y económico que vivimos: la necesidad de establecer normas de carácter eminentemente proteccionista y dirigirlas a las clases menos favorecidas. Esto a juzgar por los montos a los que se limita la constitución del patrimonio familiar.

El medio para sustraer los bienes, es ingenioso: decretar que los mismos quedan fuera del comercio y, por ello, no son susceptibles de embargo, son inalienables y no sujetos a gravamen alguno y, desde luego, por sus notas y dado su carácter de institución de interés público, imprescriptibles.

Es la Ley fundamental, la que se encarga de instituir la figura, ya que en efecto, el su artículo 123, fracción XXVIII, que como es bien sabido, contiene las llamadas garantías sociales en favor de la clase trabajadora, al ordenar que la legislación secundaria la contemple. La letra de la fracción invocada, es del siguiente tenor:

> (…)
> XXVIII. Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán trasmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios;
> (…)

En lo que respecta a la legislación local del Estado de Guanajuato, la institución jurídica que nos ocupa, se contiene en el título duodécimo, intitulado "DEL PATRIMONIO FAMILIAR", capítulo único, que inicia en el artículo 771, mismo que define su finalidad; limita su aprovechamiento a los parientes consanguíneos hasta el segundo grado; enumera cuales son los bienes que se incluyen, a saber: una casa habitación, el menaje de uso ordinario, para las familias campesinas, la porción de tierra de dominio pleno, de cuya explotación se sostiene la familia, la maquinaria, instrumentos y animales propios para el trabajo de la tierra, los artículos indispensables para desempeñar el arte oficio o profesión de que dependa la subsistencia de la familia.

El diverso numeral 772, reserva la propiedad a quien constituya el patrimonio y deja el disfrute de los bienes a los miembros del núcleo familiar. El artículo 775, reitera el carácter de inalienables, inembargables y los exenta de gravamen alguno, pero sí deben sujetarse a las responsabilidades fiscales que sobre ellos pesen. El precepto 776, postula que sólo puede constituirse el patrimonio familiar con bienes sitos en el municipio en que esté domiciliado el que lo constituya. El artículo 777, se refiere a

su constitución, que debe ser sólo una y que las aportaciones deben provenir exclusivamente de los miembros de la familia. Su límite lo previene el diverso 778, en los siguientes términos: "…será la cantidad que resulte de multiplicar por ciento diez el salario mínimo general vigente en la entidad, elevado al año, en la fecha en que se constituye el patrimonio". El artículo 779, indica que la constitución debe hacerse ante juez, así como los requisitos que deben cubrirse y probarse ante el propio juez. Así mismo, que debe inscribirse ante el registro público de la propiedad, siendo éste elemento, a nuestro juicio de eficacia. El precepto 782, otorga acción a los parientes, para exigir la constitución del patrimonio, cuando haya temor de que desaparezcan los bienes por mala administración o por temor a dilapidarlos por quien es el obligado. Por último, cabe decir que el propio Código Civil de la Entidad, previene la forma de su extinción y contempla soluciones para otras eventualidades.

Como se advierte, la legislación positiva previene de manera expresa la institución de la figura jurídica del patrimonio familiar y la proscripción de que pueda ser objeto de usucapión, al rodearlo de una serie de protecciones, en beneficio de las familias socialmente desprotegidas.

La primera Sala ha retomado el tema y ha hecho énfasis en los beneficios y características del patrimonio familiar, el la tesis del rublo: PATRIMONIO DE FAMILIA. LOS BIENES QUE LO CONSTITUYEN ESTÁN FUERA DEL COMERCIO Y, POR ENDE, NO SON SUSCEPTIBLES DE PRESCRIBIR (LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS DE CHIHUAHUA Y NUEVO LEÓN).

La referida tesis constituye jurisprudencia, quedó registrada con el número 77/2014 (10ª.) y fue resuelta en el expediente relativo a la contradicción 385/2012, fallado en sesión de 12 de noviembre de 2014, por unanimidad de votos de los señores ministros integrantes de la Primera Sala del Máximo Tribunal de la Nación, no publicado al día en que esto se escribe.

7. La acción real de prescripción positiva, es o no improcedente cuando se cuenta con acciones de carácter personal contra quien se intenta

En párrafos precedentes, hemos dicho que la prescripción positiva persigue el que un poseedor cualificado, obtenga el título de propietario o el

de sanear los defectos de que adolezca el que ya tiene, siempre que exista riesgo de que un tercero cuente con los derechos tuviere sobre el mismo bien. También recordemos que quien cuenta con legitimación pasiva en la causa, es, por regla general, a quien ha de arrebatársele ese derecho, es decir, a quien aparezca como propietario, por ser el titular legítimo del derecho material debatido y ser el facultado para comparecer al proceso y ejercer su derecho de defensa.

En este tenor, nos encontramos con la siguiente interrogante: ¿la acción real de prescripción positiva, es improcedente cuando se cuenta con acciones de carácter personal contra quien se intenta?

De inicio, cabe advertir que existen opiniones encontradas aun en los criterios del máximo tribunal de la nación, sobre este tema específico. Se cuestiona si puede o no demandar la prescripción a su causante, quien ha adquirido la posesión civil, a través de un acto traslativo de dominio pero carece de escritura pública.

7.1 Las acciones y excepciones reales y las personales se excluyen en un mismo juicio

Es frecuente que se formulen demandas civiles que contienen este tipo de planteamientos, que se presentan cuando el litigante, a pesar de contar con una acción personal, por alguna razón decide ejercer la acción real de prescripción, fundando ésta en la celebración de algún contrato traslativo de dominio. En relación a este planteamiento, lo primero que debe observarse, es que en semejantes casos, siempre podrán intentar una acción personal. La segunda observación, es que se excluyen las acciones personales que versen sobre el cumplimiento del contrato traslativo de dominio, con las acciones reales, naturaleza de la que participa la acción de usucapión, en el entendido de que en un mismo juicio no pueden, jurídicamente hablando, involucrarse acciones y excepciones personales y reales indistintamente. Pongamos, por ejemplo, el caso de que se hubiere celebrado una compraventa a plazos y que se hubiere estipulado que al cubrir el último abono, el vendedor extendería la escritura ante notario público, y el pacto se hubiere inscrito en estos términos, ante el registro público de la propiedad. En un escenario de esa naturaleza, cuando el tiempo ha transcurrido y el comprador no cubrió el precio total de la operación, entonces, en caso

de que ejerza la usucapión, el vendedor no estará en aptitud de alegar el incumplimiento del contrato, porque este tipo de excepciones y defensas son de carácter personal y la acción contra él ejercida no es personal, sino real, de modo que resultan posturas incompatibles.

Las soluciones a este tipo de demandas, provenientes de los criterios aislados y de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, ha sido cambiante, como ya se advirtió, en el entendido de que a la fecha de elaboración de éste trabajo, la Primera Sala, en tesis de jurisprudencia publicada recientemente, misma que en párrafos subsecuentes comentaremos, ha sostenido que puede optar el actor, ya sea por la acción real o por la personal. Este criterio se opone diametralmente al sostenido por la entonces Tercera Sala del Máximo Tribunal de la Nación, en otras épocas, que proscribía la acción real.

7.2 Razones por las cuales debe prevalecer la improcedencia de la acción real

Por nuestra parte, consideramos que debe estimarse improcedente la acción de prescripción positiva en tales casos, esto es, cuando la ejerce quien se considera propietario porque ha adquirido ese carácter a virtud de un contrato traslativo de dominio, en el caso de nuestro ejemplo, por haber celebrado una compraventa, pero que por alguna circunstancia (pensemos, por ejemplo, en que no cubrió el total del precio) no cuenta con escritura pública inscrita, aun cuando se le hubiese entregado la posesión. En semejante hipótesis nos parece un contrasentido demandar ante un juez civil el que declare, se ha convertido en propietario en virtud de que ha poseído civilmente por el tiempo exigido por la ley y con las demás características señalas para el efecto, pues parte de la base de que celebró una compraventa perfecta, en términos del artículo 1742, del Código Civil para el estado de Guanajuato, el cual preceptúa que la venta es perfecta y obliga a las partes desde el momento en que los contratantes se ponen de acuerdo en cosa y precio, es decir que en el momento demandar la usucapión ya era propietario. En otras palabras, es impensable aceptar que un propietario, quien ya cuenta con ese derecho, demande ante el juez civil, el que declare judicialmente que se ha convertido en propietario. Por lo demás, el comprador debió ejercer la acción personal y demandar, en todo

caso, la prescripción negativa de los abonos que no pagó y exigir el otorgamiento de la escritura, al tener a su alcance la llamada acción *pro forma*.

Los autores Luis Alfonso y Martha Isabel Acevedo Prada,[35] a efecto de demostrar lo indebido demandar al vendedor la usucapión, resaltan un argumento interesante y contundente, que adecuamos a la legislación positiva sobre la que nos apoyamos para la elaboración de este trabajo: el Código Civil del estado de Guanajuato, el cual, en su artículo 1252 señala que la demanda debe siempre dirigirse en contra de la persona o las personas que aparezcan inscritas en el registro público de la propiedad; de ello resulta, en el caso del ejemplo de laboratorio de que nos servimos, en que se inscribió la compraventa a plazos pero no se hizo el pago en su integridad, y que a fin de obtener la escritura pública donde se protocolice el cambio de propietario se demande la usucapión; entonces habría de señalarse como demandado al propio actor, (se habría de demandar a sí mismo) puesto que éste es el comprador y la venta fue perfecta desde que vendedor y comprador se pusieron de acuerdo en el precio (Art. 1742 del Código Civil del estado de Guanajuato, ya citado).

El criterio que considera improcedente la acción real, se recepta, entre otras, en la tesis sustentada por la entonces Tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación del rubro y texto siguientes:

> PRESCRIPCIÓN POSITIVA, TÍTULO DE LA POSESIÓN EN QUE SE FUNDA.No debe exigirse que el contrato de compraventa en que se funde la posesión, apta para prescribir, constituya un título perfecto, ya que en tal supuesto, resultaría innecesario hacer valer la prescripción como medio de adquirir el dominio, previamente adquirido por título perfecto.[36]

Un argumento más para sostener la improcedencia de la acción prescriptiva, cuando el actor la endereza contra su vendedor, se apoya en la consideración de que, de aceptar que el comprador o adquirente de un bien, pudiere demandar a su causante la prescripción positiva, al declararse

[35] Acevedo Prada, Luis Alfonso y Martha, Isabel. *La prescripción y los procesos declarativos de pertenencia*, 4ª ed. Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Themis. 1999. p. 230 y ss.

[36] *Semanario Judicial de la Federación.* Tomo XCI. Tercera Sala. Quinta época. p. 2620.

procedente la usucapión tendría dos títulos de propiedad perfectos: 1. el derivado del acto jurídico por el que adquirió la cosa y 2. El generado por el contrato traslativo de dominio, que puede exigir en cualquier tiempo, por ser imprescriptible, conforme al criterio de nuestro Máximo Tribunal contenido en la tesis del sugestivo rubro: COMPRAVENTA DE INMUEBLES. ES IMPRESCRIPTIBLE EL DERECHO DE EXIGIR EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA RESPECTIVA.[37] En el texto de la tesis se asevera que conforme a lo estipulado en el Código Civil, fuera de los casos de excepción, se necesitará el lapso de diez años contados desde que una obligación pueda exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento. En su generalidad absoluta, el contenido de la disposición legal invocada podría comprender la prescripción negativa de todos los derechos, por su no ejercicio, durante el plazo de diez años. No obstante, el derecho de exigir el otorgamiento de la escritura de compraventa de un inmueble es imprescriptible, porque en tanto exista el derecho de propiedad derivado de esa compraventa, subsiste también el derecho de reclamar el otorgamiento de la escritura correspondiente. Este derecho, específicamente accesorio, es de los llamados facultativos y es característica de ellos que normalmente se extinguen con el derecho principal del cual emanan; sin embargo, la acción sobre el otorgamiento de escritura es imprescriptible en tanto que el derecho de propiedad lo es, el cual puede perderse, más no como consecuencia de su falta de ejercicio. La doctrina jurídica más generalizada declara que la propiedad puede desplazarse para efecto de la prescripción positiva, pero que no puede perderse pura y simplemente, ya que a diferencia de otros derechos reales, no se pierde por el no uso.

Por ello, la Suprema Corte ha sostenido la tesis en el sentido de que la acción sobre el otorgamiento de escritura no prescribe, porque implica un derecho potestativo que el comprador puede hacer valer en cualquier momento mientras sea titular del derecho de propiedad. Es importante observar que existen muchos derechos a los cuales la ley no se refiere expresamente como imprescriptibles; no obstante, lo son, por ejemplo, la acción de división de un predio y otros semejantes. Por tanto, la ausencia de disposición legal en el sentido de que la acción sobre otorgamiento de

[37] *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo CXXXIV. Cuarta parte. Tercera Sala. Sexta época. p. 28.

escritura es imprescriptible, no constituye obstáculo serio para adoptar esta resolución.

Situación diversa ocurre, cuando la acción de prescripción se endereza contra quien siendo el propietario no intervino en la verificación del acto que dio nacimiento a la posesión civil, ya que es inconcuso que la usucapión, puede ser válidamente incoada, al encausarse contra quien nada tuvo que ver con el acto jurídico, génesis de la posesión y se hace valer precisamente contra quien ha sido el propietario y la pretensión es que se le prive a éste de ese derecho real, a fin de que al demandante se le reconozca como nuevo dueño.

Insistimos que en la hipótesis de nuestro ejemplo de laboratorio, cuando el actor no cuenta con escritura pública, al no haber cubierto íntegramente el precio, tendría a su alcance acción para demandar la prescripción liberatoria del pago y el consiguiente otorgamiento de escrituras, pero no la usucapión, aun y cuando se pruebe que ha tenido la posesión del inmueble por tiempo bastante para que prescriba la acción del vendedor para reclamar el cumplimiento o rescisión del contrato.

Ahora, si el vendedor tiene a su alcance la acción rescisoria, es esto prueba de que es jurídicamente insostenible la procedencia de la acción real (de la prescripción adquisitiva) puesto que, por la naturaleza jurídica del origen de la adquisición, se pueden oponer excepciones o reconvenciones de orden personal, lo que no podrá invocarse en los casos de la acción real de usucapión, porque la naturaleza jurídica de la prescripción adquisitiva es de carácter real y la de recisión personal.

Pensamos además, que de aceptar el contenido de esta tesis, se pudiera incurrir en un desfase legal, puesto que si para adquirir el bien por medio de la acción de prescripción adquisitiva la ley señala un término de cinco años, al tratarse de una posesión civil, pacífica, pública y de buena fe; en cambio para liberarse del adeudo por no cubrir el precio, el término para la prescripción negativa o liberatoria es de cinco años.

Es indispensable, en este apartado, hacer notar que Primera Sala del más alto Tribunal de la Nación, en una primera tesis, tácitamente admitió la procedencia de la acción Real. Se trata de la tesis de jurisprudencia 1ª./J.40/2002, del rubro "PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA ES UN MEDIO APTO PARA ACREDITAR LA POSESIÓN EN

CONCEPTO DE DUEÑO, AUN CUANDO SE ENCUENTRE PENDIENTE DE SATISFACER EL PAGO RESPECTIVO".[38]

Sin embargo, en la tesis más reciente de que tenemos noticia, de manera categórica admitió la procedencia, en la jurisprudencia obligatoria 61/2010, cuyo rubro es el siguiente: "ACCIÓN DE USUCAPIÓN EJERCITADA POR EL COMPRADOR EN CONTRA DEL VENDEDOR (TITULAR REGISTRAL). SU PROCEDENCIA".[39] En el texto de la jurisprudencia en comento se consideró que si bien es cierto que puede obtenerse un documento susceptible de inscripción mediante el ejercicio de la acción pro forma, también lo es que ello no excluye la posibilidad de que, si el comprador tiene la legitimación activa para ejercerla, así como para ejercer la acción de usucapión (por tener una posesión pública, pacífica, continua y en concepto de propietario), éste pueda elegir esta acción en contra del vendedor, si considera que le es más fácil acreditar los requisitos de la usucapión. Para sostener el criterio se argumentó, que esta posibilidad contribuye a solucionar algunos problemas que surgen en la práctica, ya que mientras más tiempo carezca el propietario de un título susceptible de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, más inseguridad jurídica se presenta, no sólo para las partes (en especial para el comprador), sino también ante terceros, de manera que al no cumplir con el efecto de oponibilidad y, por tanto, padecer de una ineficacia funcional, da lugar a que concurran situaciones de excepción al principio *res inter alios acta*. Esto es, permitir que el comprador ejerza la acción de usucapión en contra del vendedor, para contar con un documento susceptible de inscribirse, que avale su derecho de propiedad y pueda oponerse a terceros, no se contrapone al ejercicio de la acción pro forma, ya que ésta, además de ser diversa en los diferentes sujetos legitimados para ejercerla pasiva o activamente, tiene un fin distinto, que es el otorgamiento de firma y escritura pública, título que, al igual que la sentencia que declara la usucapión es un instrumento inscribible, el cual permite al comprador que puedan concurrir en su persona ambas legitimaciones, de manera que le sea posible accionar de la forma que más convenga a sus intereses y a la celeridad con la que pueda obtenerse dicho

[38] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XIV, junio de 2001. Pleno Salas y Acciones de Inconstitucionalidad, Novena época. p. 230.

[39] Primera Sala, Novena Época, 162443 Jurisprudencia. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIII, abril de 2011, Materia Civil, Tesis: 1a./J. 61/2010, p. 5

título, a fin de inscribirse y no permanezca más el estado de inseguridad jurídica que genera su falta de inscripción.

Además, negarle a un sujeto que cuenta con ambas legitimaciones activas, una vía para obtener un documento inscribible, no permite que éste sea plenamente eficaz, toda vez que no surte efectos contra terceros, aunado al hecho de que se estaría estableciendo un procedimiento más lento, el cual resultaría contrario a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta posibilidad no trae como consecuencia que se faculte al comprador para que, mediante la acción de usucapión, deje de cubrir al vendedor el precio pactado. Toda vez que, en estos casos, se deben distinguir los aspectos reales (esto es, la transmisión de propiedad, como efecto principal) de los obligacionales (es decir, el pago del precio, como primera obligación del comprador) del contrato. El hecho de reunir los requisitos legales de la usucapión, y que por dicha causa, se adquiera un nuevo título de propiedad, es totalmente independiente de lo que sucede a nivel obligacional, ya que el propietario, derivado de este nuevo título que avala su derecho real, sigue estando obligado al pago total del precio adeudado.

Como bien puede advertirse de la tesis en comento, lo ahí consignado, entraña afirmaciones contrarias a la ley. Efectivamente, el criterio termina con la afirmación de que a pesar de haber logrado la declaratoria de usucapión, el actor sigue adeudando el precio pactado, lo que se convierte en una verdadera complicación jurídica: el actor es dueño, pero no lo es, al menos de que cubra el adeudo; el demandado ha perdido el derecho de propiedad, pero puede, ante la falta de pago, demandar en otro juicio al contratante que incumplió su pago, lo que no es concebible.

8. El término para ejercitar la acción de que tratamos

Es frecuente que las diversas legislaciones señalen términos para el ejercicio de las acciones que previenen; sin embargo, en tratándose de la usucapión es impensable que pueda existir un dispositivo semejante, por lo cual estamos en aptitud de sostener que la acción de prescripción positiva es, a su vez imprescriptible.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que uno de los hechos en que se fundamenta la usucapión es precisamente el transcurso del tiempo durante el cual se posee a título de propietario, con las demás condiciones que señala la legislación positiva.

Resulta indudable que una vez transcurrido el lapso señalado por la ley para que opere la figura, la parte que alega la prescripción estará en aptitud de demandarla y pedir a la autoridad jurisdiccional competente que declare, se ha convertido en propietario y, a diferencia de otro tipo de acciones que se deben ejercitar en un lapso perentorio, porque de no hacerlo habrá prescrito negativamente su derecho a accionar, en tratándose de la usucapión, esta regla no opera. Ciertamente, si al concluir el lapso señalado por la ley, en efecto, se está en aptitud de acudir ante los tribunales civiles para el ejercicio de la acción, es de estimarse que quien se encuentre en tales condiciones y siempre y cuando continúe con esa calidad de posesión, posteriormente podrá, en cualquier tiempo, ejercer la acción y será improcedente alguna eventual excepción de prescripción para el ejercicio de la acción, porque el legitimado para oponerla, a su vez ha omitido reclamar el inmueble y en todo tiempo persistirá su calidad de propietario negligente.

La entonces Tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, adopta este criterio, en la tesis del rubro: PRESCRIPCIÓN POSITIVA, ACCIÓN DE. ES IMPRESCRIPTIBLE. Ahí sostuvo la imprescriptibilidad de esta acción, atendiendo a su naturaleza y a la consideración de que el derecho de propiedad es válido frente a todos y sólo se pierde cuando la posesión de la cosa pasa a otro durante el tiempo y con los requisitos señalados por la ley.[40]

9. La materia y límites de la acción. El principio de congruencia

Con cierta frecuencia se presentan ante los tribunales argumentos tendentes a obtener la declaración de procedencia de la prescripción adquisitiva con sustento en una posesión de mala fe, aun cuando se hubiere demandado la

[40] *Semanario Judicial de la Federación.* Tomo CXXVII. Tercera Sala. Quinta época. p. 623.

fundada en una posesión de buena fe, lo que resulta infortunado y jurídicamente inaceptable.

De inicio, es conveniente recordar que uno de los principios que generalmente rige al proceso judicial y en particular a los juicios civiles, es el llamado principio de congruencia, que obliga a los juzgadores a decidir el litigio conforme a las pretensiones de las partes, de modo que no le es permitido realizar condenas que no abarquen lo pedido en la demanda (o en su caso en la reconvención).

También es conveniente recordar que el código procesal de la entidad, recepta (artículos 72, 89, 331, 338, 342 y 236) lo que en la doctrina jurídica se conoce con el nombre de *litis* cerrada, lo cual se traduce en que la contienda debe ser resuelta, sin rebasar los hechos expuestos en la demanda y su contestación.

9.1 Conceptos de la doctrina jurídica procesal

Chiovenda, en el apartado que intitula *límite* general del poder del juez, señala que el primer límite de la actividad jurisdiccional es la demanda inicial y de ahí deriva la máxima *nemo judex sine actore* que se traduce en: a) no poder el juez pronunciarse a favor o en contra de personas que no son sujetos en la demanda, b) no poder el juez conceder o negar una cosa distinta de la demanda y c) no poder el juez cambiar la *causa petendi*.[41]

Piero Calamandrei,[42] al hacer el distingo entre la iniciativa de parte y la iniciativa oficial en el proceso, afirma que la actividad a iniciativa de parte, exige la existencia de una demanda de parte, que afirme como existente el derecho de acción (*Nemo iudex sine actore)*. En otra parte de su obra,[43] cita un precepto de Derecho Positivo que comenta, que dice "el juez debe pronunciar sobre toda la demanda y no más allá de los límites de ella y no puede pronunciar de oficio sobre excepciones que no pueden ser propuestas solamente por las partes". Luego advierte que el juez no puede proveer si antes no ha habido alguien que se lo haya pedido; que al

[41] Chiovenda, José. *Principios de derecho procesal civil.* Tomo II. México, Cárdenas Editor y distribuidor. 1980. pp. 199 y ss.

[42] Calamandrei, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Vol. I. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA). 1986. pp.356 y ss.

[43] *Ibídem*. pp. 402 y ss.

proveer debe atenerse sobre el tema planteado por las partes y limitarse a denegar o conceder de ellos.

José Ovalle Favela,[44] al abordar el tema acerca de los requisitos sustanciales de las sentencias, dice que uno de ellos el de congruencia, que se traduce en el deber del juzgador de pronunciar su fallo de acuerdo exclusivamente con las pretensiones y negaciones o excepciones que en su caso hayan planteado las partes en el juicio. El requisito de congruencia prohíbe al juzgador resolver más allá (*ultra petitia*) o fuera (*extra petitia*) de lo pedido por las partes.

Carlos Arellano García,[45] al proceder al estudio de los requisitos de fondo de las sentencias, señala que estos son: la idoneidad del juzgador; el estudio acucioso de las constancias de autos; la fundamentación de la sentencia; respeto al principio de exhaustividad; al de congruencia y por último, determinación de las prestaciones a las que se condena, y al referirse los principios de exhaustividad y congruencia, expresa que deben resolverse todos los puntos litigiosos, conforme a un precepto de Derecho Positivo que inserta y que los jueces deberán ser congruentes con las pretensiones hechas valer por las partes en el proceso. Así, no deberán conceder aquello que no haya sido solicitado por la parte que obtenga, ni deberán dejar de actuar con las respectivas reclamaciones de los litigantes.

Eduardo Pallares,[46] en su *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, en la voz principio de congruencia de las sentencias, dice: "consiste en que las sentencias deben ser congruentes no sólo consigo mismas, sino también con la *litis* tal como quedó formulada por medio de los escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica …Se puede violar el principio de congruencia en los siguientes casos: a) cuando el fallo contiene resoluciones contradictorias entre sí; b) cuando concede al actor más de lo que pide; c) cuando no decide todas las cuestiones planteadas en la *litis* o resuelve puntos que no figuran en ella; d) cuando no decide sobre las excepciones supervenientes hachas valer en forma legal: e) Cuando no resuelve sobre

[44] Fabela Ovalle, José. *Derecho procesal civil*. 2ª ed. México, Harla Harper & Row Latinoamericana, 1987. pp. 176.

[45] Arellano García, Carlos. *Derecho Procesal Civil*. 10ª. ed. México, Editorial Porrúa, 2007. pp. 465 y ss.

[46] Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho procesal civil*. 8ª ed. México, Editorial Porrúa, S.A., 1975. p. 224 y 225.

el pago de costas y f) la que comprende a personas que no han figurado como partes en el juicio ni estado representadas en él".

9.2 La *litis* cerrada. Normas de Derecho positivo

Al recibir la contestación, se integra la *litis*, es decir, la liga entre las pretensiones del actor y lo opuesto por la demandada. Los autores apenas citados, observan que al suprimirse en los códigos civiles, como es el caso del de la entidad federativa guanajuatense, las antiguas etapas procesales de réplica y dúplica, la consecuencia es, precisamente que la *litis* quede fijada, con los escritos de demanda y contestación[47] y sobre los puntos que versen y en los términos que se entable la controversia, deberá ser el límite y contenido de la sentencia que decida el pleito judicial; no se omite hacer alusión a que existen, eventualmente, algunas circunstancias que sobrevienen en los procedimientos y que obligan a efectuar un replanteamiento de la *litis*, como en el caso de la ampliación de demanda, de la acumulación, del litisconsorcio pasivo necesario y de otros análogos; empero, lo destacable en este punto, es dejar bien clara la importancia de la fijación de la *litis* y el papel decisivo que tiene en el proceso, tanto delimita a éste y a su contenido.

En cuanto al Derecho Positivo tenemos, el Código adjetivo para la entidad, establece:

> Artículo 71. Dos partes se encuentran en litigio cuando una pretende que el Derecho apoya en su favor un interés en conflicto con el interés de la otra y ésta se opone a la pretensión, o, aun no oponiéndose, no cumple con la obligación que se le reclama.

Manteniendo este orden de ideas, cabe decir, que en sistemas procesales como el que es objeto de examen, de los llamados de *litis* cerrada, al fijarse ésta, las cuestiones que no se contengan en lo narrado en la demanda y lo expuesto en la contestación, queda fuera de lo debatido en el juicio y la contienda debe ser resuelta, dentro de los límites del propio litigio. En tal contexto, podremos decir que incluso al juez le está vedado introducir

[47] Pina, Rafael de y Castillo Larrañaga, José. *Ob. Cit.*, p. 410.

cuestiones ajenas a las propuestas, con excepción, de ciertas materias que merecen un especial tratamiento, como pudiera ser el caso de los menores, de los incapaces y de algunos otros que por sus particulares circunstancias así lo merecen.

A título de corolario, bien podemos establecer: lo expuesto en los escritos donde las partes en ejercicio de sus derechos de acción y contradicción, hacen valer en el proceso lo que a su interés corresponde, conforma y fija la *litis*; con ello nace el litigio, vocablo que incluso se utiliza, en el argot de los abogados, para dar a entender, coloquialmente, que alguien o algo se encuentra inmerso y sujeto a una controversia jurisdiccional.

9.3 No es factible demandar un tipo de prescripción indeterminado

Luego de tener en cuenta las opiniones doctrinarias antes insertas y la letra de la ley, estamos en aptitud de desarrollar la postura a que nos adherimos, en el sentido de que no es lícito estimar en la sentencia que ha operado la prescripción que requiere del lapso de veinte años, cuando se demandó una distinta.

La hipótesis que tratamos, tiene lugar cuando la actora narra en su demanda que cuenta con justo título; tiene más de veinte años de estar en posesión civil, de manera pacífica, continua, pública y de buena fe, que prescribe en cinco años (artículo 1247, fracción primera del Código Civil del estado de Guanajuato) e inclusive, describe detalladamente el acto traslativo de dominio por el que entró a poseer. No obstante lo anterior, durante el proceso logra acreditar solamente el hecho de poseer y comportarse como dueño durante ese lapso (de veinte años) con los requisitos para prescribir; sin embargo, no prueba el hecho generador de su posesión, es decir, no prueba el justo título que alega tener. Ante este panorama, estamos en aptitud de admitir que si hubiese demando la usucapión "sin justo título y de mala fe" cuyo lapso prescriptivo es de veinte años (artículo 1248 del Código Civil de la entidad), sin duda hubiese logrado su pretensión, pero como no probó los elementos distintivos de la que sí demandó, se presenta la interrogante de condenar, de todas formas, por haberse colmando los requisitos a que alude el numeral 1248 ya citado.

La solución de condena es incorrecta, puesto que en ese supuesto, el juzgador ignoraría los principios de congruencia en la sentencia, particularmente porque en la Legislación Procesal Civil de la Entidad Guanajuatense, la *litis* en los asuntos del orden civil es cerrada, como se desprende de la letra del artículo 358, de la propia Ley Adjetiva Civil, que a la letra dice: "La sentencia se ocupará exclusivamente de las personas, cosas, acciones y excepciones que hayan sido materia del juicio". De esta suerte, al introducir cuestiones ajenas al litigio, se vulnera este precepto y el principio de *litis* cerrada que contiene y como consecuencia las garantías de legalidad y seguridad jurídicas.

9.4 El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito

Con esta orientación, se ha pronunciado ya, el más alto Tribunal de la Nación en la tesis de jurisprudencia del rubro: PRESCRIPCIÓN POSITIVA. SI LA ACCIÓN SE EJERCE CON BASE EN LA POSESIÓN DE BUENA FE, EL JUZGADOR SE ENCUENTRA IMPEDIDO PARA ANALIZAR DE OFICIO LA POSESIÓN DE MALA FE.[48]

En la tesis en comento, se hace alusión al principio de congruencia en las sentencias, conforme al cual el juzgador solamente debe atender a las acciones y excepciones hechas valer por las partes en el juicio, sin introducir cuestiones ajenas al debate, de ahí concluye que cuando la prescripción se ejerce con base en una posesión de buena fe, el juez no puede analizar de oficio la existencia de una posesión de mala fe, ya que ésta no fue planteada en la demanda, porque de lo contrario se dejaría en estado de indefensión al reo, en tanto que su defensa se endereza contra lo abordado en aquélla, por lo que si la parte actora al hacer valer su acción de prescripción aduce ser poseedor de buena fe, en caso de no acreditarse la posesión en esos términos, el juzgador está impedido para examinar si la que ostenta el actor es de mala fe, pues ello no forma parte de la *litis* planteada.

[48] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Primera Sala. Materia Civil. Tesis 1a./J.200/2005. Novena época. p. 441.

Este criterio, también lo han sostenido los Tribunales Colegiados de Circuito en múltiples ocasiones, de manera que para muestra, invocamos la tesis del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, del rubro: PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE INMUEBLES, ACCIÓN. NO PUEDE EJERCERSE BASADA SIMULTÁNEAMENTE EN LOS SUPUESTOS DE BUENA Y MALA FE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).[49]

En la publicación se dice que la posesión no puede ser al mismo tiempo de buena y de mala fe, dado que no puede ocurrir simultáneamente que se cuente con un título (causa generadora de la posesión) que ampare el derecho de posesión y a la vez no se cuente con él, o bien que, contando con él, se conozcan y se desconozcan a un tiempo los vicios de que adolece, por lo cual, si en un caso se planteó en los hechos de la demanda, que se contaba con un justo título, pero no que se carecía de él, o bien que, teniéndolo, éste adoleciera de vicios que impidieran poseer con derecho, al tenor de esta dispositivo legal, resulta irrelevante que en la demanda nominalmente se dijera, como de modo secundario, que también se hacía valer la prescripción basada en posesión de mala fe, contradiciendo los hechos de la demanda, posesión que no puede coexistir con la de buena fe. Concluye diciendo que, por ello, no es cierto que debía estudiarse este otro fundamento, diverso del que en los hechos se planteó, sólo deben tomarse en cuenta los hechos narrados en la demanda como fundamento de la misma para establecer, además de la clase de prestación exigida, el título o causa de la acción, con independencia de cómo el sediciente de la misma la califique, pues son tales hechos los que establecen el planteamiento del litigio y el fundamento de la demanda.

No omitimos hacer el señalamiento de que, en muchas ocasiones, en la demanda se indica, al narrar algunos hechos, que se ha poseído de buena fe y en otra parte del mismo escrito de demanda se afirma que la posesión ha sido de mala fe, pero consideramos que en estos casos, lo correcto es que el juzgador de primera instancia, ordene aclarar la demanda, conforme a lo preceptuado en el numeral 334 del Código de procedimientos Civiles para la entidad guanajuatense, del siguiente tenor:

[49] *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XIV, Octava época, septiembre de 1994. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, p. 394.

> Artículo 334.- Si la demanda es obscura o irregular, el tribunal debe, por una sola vez, prevenir al actor que la aclare, corrija o complete, señalándole en forma concreta, sus defectos. Presentada nuevamente la demanda, el tribunal le dará curso o la desechará.
> El auto que admita la demanda no es recurrible, el que la deseche es apelable.

En este lugar, conviene comentar que la circunstancia de que en juicio se admitan demandas que adolezcan de claridad y en ellas se expresen indistintamente que la posesión ejercida es de buena fe, pero en otros párrafos se diga que es de mala fe, esta confusión provoca indefensión en el demandado, quien tendrá la certeza de que sus pruebas deban dirigirse a probar la mala fe de su oponente. También se produce indefensión porque los lapsos de prescripción son diferentes; así, en el evento de que se demande la prescripción de mala fe, el actor podrá basar su defensa en demostrar que se ha poseído por menos tiempo y si, de pronto, se dicta el fallo teniendo por demostrada la de buena fe, entonces sus excepciones y defensas se tornan en inútiles y se produce indefensión, por razones evidentes.

10. Acumulación de acciones

Es frecuente que cuando se establece un litigio, en la búsqueda por obtener fallo favorable a sus pretensiones, se ejerza no solamente una acción, sino varias y es que como observa atinadamente Adolfo Alvarado Velloso, habitualmente el fenómeno del litigio se presenta con extrema simplicidad: un procedimiento judicial es el continente de un proceso originado en una pretensión demandada por un sujeto contra otro sujeto. Sin embargo la experiencia jurídica enseña que a raíz de un conflicto acaecido en la realidad social, pueden surgir diversos litigios que convierten en complejo al que era un fenómeno simple y propone como ejemplos: 1) un sujeto puede pretender uno o varios objetos de varios sujetos o la inversa; 2) varios sujetos pueden pretender uno o varios objetos de un mismo ob-

jeto y, finalmente; 3) varios sujetos pueden pretender uno o varios objetos de varios sujetos.[50]

El caso que nos proponemos tratar engasta en la hipótesis en que se ejercen en la demanda dos o más acciones y un sujeto pretende varios objetos, pero en la especie resultan contradictorias las pretensiones.

No hay ningún inconveniente en que se ejerzan en una sola demanda varias acciones, que incluso pueden prosperar todas. Por ejemplo, se puede ejercer la acción reivindicatoria (acción autónoma) y a la par, ejercer la diversa del pago por los daños que se hubieren causado al inmueble y otras como el pago de daños y perjuicios y en su momento pudiere el actor, obtener sentencia de condena por todo lo reclamado. Lo que no es jurídicamente adecuado es ejercer acciones que se contradigan, porque la incongruencia hace improcedente o enerva al menos un de las acciones, situación que se presenta en el caso que comentamos enseguida.

10.1 Incompatibilidad de las acciones de nulidad del título del demandado y la prescripción adquisitiva

En el supuesto objeto de examen el actor sostiene que, el título del inmueble en que funda su derecho de propiedad, la parte a quien demanda, adolece de requisitos legales y está impregnado de vicios que conllevan a la conclusión de que es nulo y ejerce, por ende, la acción correspondiente; empero, al mismo tiempo, afirma que ha poseído el referido inmueble por un tiempo tan largo, que ha operado a su favor la prescripción adquisitiva y en el escrito de demanda, ejerce simultáneamente la acción de usucapión.

En este contexto, estamos en aptitud de afirmar: que estamos en presencia de una pluralidad de acciones, pero que, como ya lo adelantamos son incompatibles y no respetan el principio de congruencia de lo pedido, como pasamos a explicar: En principio, lo hemos precisado ya, pero ahora reiteramos, el artículo 1252, del Código Civil para el estado de Guanajuato, establece que se debe demanda la usucapión a quien aparezca inscrito como propietario en el registro público de la propiedad. También y como consecuencia de lo anterior, hemos esclarecido que en tratándose

[50] Alvarado Velloso, Adolfo. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. México, Editorial Porrúa México, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas y Escuela Libre de Derecho. 2013. pp. 519 y ss.

de esta acción, lo que se pretende es, en una expresión coloquial, arrebatar el derecho de propiedad al demandado con el fin de que la autoridad jurisdiccional declare que el actor es el nuevo propietario y así adquirir tal derecho real.

Por otra parte, habremos de precisar que la acción de nulidad del título que se demande a un propietario, tiene como propósito el desconocimiento del precitado derecho en litigio y, por lo general, el actor, quien debe contar con interés jurídico indefectiblemente, busca obtener un beneficio; pero al final de cuentas, de llegar a declararse nulo el título del demandado, este dejará de ser propietario.

Sentado lo anterior, al hacer un análisis comparativo entre las acciones, sin mayor esfuerzo se llega a una conclusión lógica e irrebatible: las acciones de que tratamos son incompatibles.

Ciertamente: conforme al principio de lógica formal, se deja en claro que las enunciaciones contradictorias que "es la máxima oposición que puede darse entre las enunciaciones",[51] se dice que las cosas no pueden ser y dejar de ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto. Aplicando lo anterior a nuestro tema tendríamos que: el ejercicio de la acción de nulidad de título, busca según dijimos, el que se declara judicialmente que el demandado no es propietario. En cambio, la diversa acción de usucapión, pretende que al propietario demandado se le sancione con su pérdida y se traslade tal al actor derecho real de propiedad; entonces ¿Cómo puede aspirar a sustituir en su derecho a alguien de quien obtiene la declaratoria de que no tiene ese derecho, dada la nulidad de su título?

De lo expuesto se colige, sin hesitación alguna, que las acciones así propuestas se excluyen. Además y para complicar el tema otro tanto, añadiríamos el ingrediente de que el demandado no tiene inscrito en el registro público de la propiedad su título y, entonces, el actor podrá alegar, de manera infructuosa a todas luces, que por esa circunstancia, nada importa que se le nulifique el título, al fin y al cabo su propiedad no está inscrita.

En nuestra legislación esa solución no es aceptable, porque la institución del Registro Público, no es constitutiva del derecho de propiedad, sino sólo tiene efectos de publicidad. En ese contexto, la falta de inscripción jamás tendrá por efecto el que alguien adquiera o deje de ser

[51] *Cfr.* Márquez Muro, Daniel, *Lógica.* México, Editorial ECLALSA, 1983. pp. 121 y ss.

propietario, por esa sola circunstancia. En cambio, apuntamos solamente, que en las legislaciones donde sí es constitutiva de la propiedad la citada inscripción registral, la solución y los razonamientos anteriores no aplican, pero no nos ocuparemos de este supuesto.

10.2 Los criterios de los órganos del Poder Judicial de la Federación

Las ideas anteriores quedaron expuestas en la tesis del rubro: PRESCRIPCIÓN POSITIVA, ES CONTRADICTORIA Y, POR ENDE, IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE, CUANDO EN EL JUICIO REIVINDICATORIO EL DEMANDADO RECONVIENE LA PRESCRIPCIÓN Y A LA VEZ CONTROVIERTE LA PROPIEDAD AL RECONVENIDO, AUN CUANDO NO DEMANDE LA NULIDAD DEL TÍTULO DE ÉSTE NI LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL CORRESPONDIENTE.

El texto de la tesis, inicia con la afirmación de que La acumulación de acciones contra una misma parte está condicionada al principio de no contradicción, es decir, que no sean contrarias entre sí, de modo que por la elección de una quede excluida la otra. Luego, razona en el sentido de que no puede demandarse al mismo tiempo la nulidad del título y la cancelación de su inscripción en el registro, pues de prosperar esta demanda, la acción de prescripción positiva resultaría improcedente, dada la contradicción evidente de las pretensiones del actor que demanda del dueño la prescripción positiva y a la vez le controvierte esa propiedad, para concluir que (como en el caso que dio origen a la publicación del criterio, se demandó la reivindicatoria y en vía reconvencional se ejercieron simultáneamente las citadas acciones de prescripción adquisitiva y la de nulidad del título), no podría pretenderse que, para efectos de la acción reivindicatoria, sí se declarara ineficaz por falsa la escritura de propiedad que exhibió la parte actora y su registro, pero que ese propio documento y la inscripción registral se consideraran eficaces para efectos de la prescripción positiva que se reconvino. Sería un contrasentido, pues que en un mismo juicio se consideraría que la actora no es propietaria del inmueble en controversia y se declararía improcedente la reivindicación que sobre ese bien demandó, pero por otro lado, para efectos de la reconvención por prescripción positiva se sostendría que sí tiene tal carácter de dueña, lo cual no es lógico ni jurídico.

11. La usucapión no prospera cuando se opone como excepción

Entre los cuestionamientos que se presentan en torno a la usucapión, hay uno de orden procesal que consiste en determinar los alcances de la prescripción adquisitiva cuando se propone como excepción y no en vía de acción o de reconvención. La solución de la jurisprudencia, que a nuestro entender es correcta, es en el sentido de que debe siempre ejercitarse como acción, a fin de que el juzgador pueda declarar que se convirtió en propietario, según las siguientes consideraciones:

11.1 La sentencia ejecutoria tiene efectos constitutivos

Es indispensable no perder de vista que la institución jurídica, objeto de nuestro estudio, tiene efectos constitutivos y no meramente declarativos.

Para así considerarlo, basta recordar (conforme a los artículos 1231,1232 y1254, de Código sustantivo Civil de Guanajuato) que la prescripción positiva, llamada también adquisitiva, tiene como finalidad y alcance el que la autoridad jurisdiccional declare el derecho de quien posee con los atributos específicos del caso, ha adquirido el diverso de propiedad del bien que ha venido poseyendo, por el mero transcurso del tiempo, por lo que, indiscutiblemente tiene efectos constitutivos, pues la sentencia que al respecto se emita, constituye para quien la otorga, un título de propiedad sobre el bien, lo que a su vez implica que han de cesar los efectos de cualquier otro título de quien fuera el anterior propietario, quien en ese acto deja de serlo. Así se desprende del artículo que en seguida se transcribe:

> Artículo 1254. La sentencia ejecutoria que declare procedente la acción de prescripción se inscribirá en el Registro Público y servirá de título de propiedad al poseedor.

Como puede advertirse, el reconocimiento de los efectos constitutivos de la prescripción positiva, se ven claramente definidos en el precepto anterior, en el que se hace referencia a la prescripción como “acción”, cuya sentencia ejecutoria, que confiere la propiedad, debe inscribirse en el registro público a fin de dar a conocer a cualquier interesado, esa adquisición de la

propiedad por ser éste un derecho real, oponible universalmente, es decir frente a cualquier persona.

Así, la prescripción positiva ejercitada, crea un derecho diverso al de posesión: el de propiedad a favor de quien la hace valer, pero ello en oposición a quien detentaba la propiedad, de cuyo derecho se ve privado, o para mejor decir, desplazado. Empero, esa privación de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 14 constitucional, sólo puede ocurrir previo juicio seguido en contra del afectado, en el que haya tenido la oportunidad de ser oído y vencido, es decir donde haya podido esgrimir sus adecuadas defensas frente a la pretensión de quien busca retirarle la propiedad un bien suyo, hasta ese momento, a través del ejercicio de la prescripción positiva.

11.2 La excepción tiende a destruir la acción. No constituye derechos

Todas estas razones nos llevan a colegir que, de aceptar que la prescripción adquisitiva pudiera plantearse como excepción en el juicio, ello conllevaría necesariamente a que el tribunal se pronunciase al respecto y, de encontrar prosperante, dicha "excepción", no sólo tendría el limitado alcance que tiene toda excepción: destruir la acción que combate, sino además exigiría que el juzgador diera efectos constitutivos a su resolución, según los dispositivos del Código Civil, apenas invocados y las reflexiones que sobre ellos han surgido.

En este contexto, si se reconociera que la prescripción positiva también tiene como consecuencia la declaración de propiedad, ello implicaría que el actor a quien no se reconvino, se viera impedido para a su vez excepcionarse y esgrimir sus defensas. Lo que no puede hacer cuando en el proceso juega el papel de actor y no de contrademandado, es por ello que la Primera Sala del Alto Tribunal de la Nación, así lo consideró en la tesis de jurisprudencia 1a./J.9/2001, del título PRESCRIPCIÓN POSITIVA O ADQUISITIVA. DEBE DEDUCIRSE MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN O RECONVENCIÓN CORRESPONDIENTES, SIN QUE PUEDA PROSPERAR A TRAVÉS DE UNA EXCEPCIÓN. En el texto, que aquí se parafrasea, expresó que desde un punto de vista general el término "excepción" consiste en un derecho de defensa, y constituye la facultad legal que tiene el demandado de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos

jurisdiccionales. Cabe precisar, que las excepciones que opone el demandado en el juicio natural, tienden a destruir la acción que se ejerce, pero no pueden constituir un derecho, es decir, no conducen a obtener una declaración a favor de quien se excepcionó. Ahora bien, de la lectura de los preceptos legales, se advierte que la prescripción adquisitiva sólo puede deducirse como acción, porque los numerales aluden al caso de que sea procedente la acción, y no, cuando se declara procedente la excepción, por lo que no puede ampliarse el contenido de dichos preceptos legales, para incluir esta última hipótesis. La excepción de prescripción como tal, no debe confundirse con la facultad que otorga la ley al demandado de reconvenir a su contraria, en tanto que la figura jurídica de la reconvención, es la actitud que adopta el demandado, en la que aprovechando que la relación procesal ya se encuentra establecida, formula nuevas pretensiones contra el actor.

Siguiendo este orden de ideas, exigir que la prescripción se deduzca en vía de reconvención y no como simple excepción, es sencillamente respetar el derecho de defensa de la parte actora, en virtud de que con las excepciones que se opongan no se corre traslado al actor para que dentro de un plazo a su vez oponga excepciones y ofrezca pruebas. En cambio, cuando se ejerce un derecho como acción o en vía reconvencional, sí se corre traslado a la contraria para que pueda excepcionarse, es decir, de este modo la contraria tendría la oportunidad de contradecir. Lo expuesto no implica que el demandado forzosamente tenga que hacer valer la reconvención, ya que el hecho de omitirla, no hace que precluya su derecho, para ejercer, en juicio por separado, alguna acción derivada de la misma causa o título que dio origen a la demanda principal.[52]

Existe otro argumento que deja palpable el aserto que hacemos nuestro, de que necesariamente debe ejercerse la prescripción positiva como acción y nunca como excepción, en los casos en que el actor demande la reivindicación del bien respecto del cual se pretende prescribir.

En estos supuestos, cuando el demandado pretende le sea reconocido el carácter de propietario respecto del inmueble sobre el cual le demandan su reivindicación, por haberlo poseído durante el tiempo y las condiciones

[52] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época. Tomo XIII, mayo de 2001. Primera Sala, Materia Civil, p. 170.

señaladas por la legislación civil para que opere la usucapión, necesariamente debe intentar su acción reconvencional en el juicio relativo, pues es precisamente en este litigio donde queda determinado a quien le corresponde la titularidad del bien en disputa: si a quien intenta la acción reivindicatoria o a quien contrademanda la prescripción, sin que pudiera incoarse posteriormente la prescripción adquisitiva en otro momento posterior, ya que la resolución en la cual se decida en quien recae el carácter de propietario, constituirá una verdad legal, obstáculo insalvable, que impedirá posteriormente controvertir ese aspecto en un diverso procedimiento.

11.3 De no contrademandar la prescripción, el Derecho precluye

Existe otro argumento que deja palpable el aserto que hemos hecho nuestro, de que necesariamente debe ejercerse la prescripción positiva como acción y nunca como excepción, en los asuntos en que el actor demande la reivindicación del bien respecto del cual se pretende prescribir.

Así, que el demandado a quien se le exija la reivindicación y considere oportuno pedir la usucapión por haber poseído el bien durante el tiempo y las condiciones señaladas por la legislación civil para que opere tal figura jurídica, necesariamente debe intentar su acción reconvencional en el juicio relativo, pues es precisamente en este litigio donde queda determinado a quien le corresponde la titularidad del bien en disputa: a quien intenta la acción reivindicatoria o a quien opone la excepción de usucapión, al no ser posible que se declare, en ese juicio, que ha prosperado la reivindicación, y se admita la excepción de que se constituyó el derecho por haberse demostrado los extremos de la citada excepción, porque a pesar de llegar a admitirse que se surtieron los elementos de la usucapión hecha valer en vía de excepción, no podrá declararse procedente ésta y dejar para un futuro juicio que se demande en vía de acción, ya que la resolución en la cual se decida en quien recae el carácter de propietario, constituirá una verdad legal, obstáculo insalvable, que impedirá que en otro momento posterior, se controvierta ese aspecto, pues para ese entonces, ya le habrá precluido el derecho, que no se hizo valer en su oportunidad, o sea en ese juicio, vía reconvención.

Por las razones en que apoya, es decir, por analogía, cobra vigor el criterio sustentado por la Primera Sala del Máximo Tribunal de la nación,

en tesis de jurisprudencia publicada con el siguiente rubro: PRECLUSIÓN. ES UNA FIGURA JURÍDICA QUE EXTINGUE O CONSUMA LA OPORTUNIDAD PROCESAL DE REALIZAR UN ACTO. La analogía consiste en que tanto en las etapas procesales, como en la solución de conflicto de intereses, existen momentos precisos para hacer valer el derecho alegado, de suerte que si no se hace en esa oportunidad, se clausura la "etapa procesal" o en un contexto panorámico "la oportunidad" en determinado proceso, que no puede ser invocada después en otra etapa o en otro proceso distinto.

El texto del criterio jurisprudencial, inicia con la precisión de que la preclusión es uno de los principios que rigen el proceso y se funda en el hecho de que las la clausura definitiva de cada etapa, impide el regreso a momentos procesales ya extinguidos y consumados, esto es, en virtud del principio de la preclusión, extinguida o consumada la oportunidad procesal para realizar un acto, éste ya no podrá ejecutarse nuevamente. Luego alude a conceptos de la doctrina jurídica y recuera que "la preclusión se define generalmente como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, que resulta normalmente, de tres situaciones: a) de no haber observado el orden u oportunidad dada por la ley para la realización de un acto; b) de haber cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; y c) de haber ejercitado ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha). Estas tres posibilidades significan que la mencionada institución no es, en verdad, única y distinta, sino más bien una circunstancia atinente a la misma estructura del juicio".[53]

En resumen de lo expuesto, estamos en aptitud de puntualizar, que son cuatro las razones por las cuales no es dable aceptar que la prescripción adquisitiva pudiera ser oponible como excepción:

1) La acción tiene efectos constitutivos, no así la excepción.
2) La excepción de usucapión no permite al actor oponerse a las pretensiones de quien alega prescripción adquisitiva.
3) Al proceder la reivindicatoria, queda como verdad legal que la propiedad corresponde al actor y no es aceptable que en un futu-

[53] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época. Tomo XV, abril de 2002. Primera Sala, Materia Común, Jurisprudencia 21/2002. p. 314.

ro juicio, se cuestione la propiedad que como verdad legal quedó en el reivindicatorio.

4) De no oponerse como acción reconvencional en juicio donde se demande la reivindicación, habrá precluido el derecho para hacer valer la acción que tiende a que se le constituya el derecho de propiedad, precisamente por no haberlo hecho en el procedimiento oportuno.

12. El problema de las disposiciones administrativas opuestas a la institución jurídica de la prescripción

En este apartado abordaremos un punto delicado, en tanto advertimos la posibilidad de que se intenten acciones de prescripción adquisitiva en fraude a la Ley. En síntesis, observamos que los órganos de gobierno del Estado, en cualquiera de sus niveles, o mejor dicho, en muchos casos en todos sus niveles, se han preocupado por evitar la proliferación de asentamientos humanos irregulares; se dan casos en que fraccionadores o líderes sociales, movidos casi siempre por intereses económicos, los propician, de modo que quienes los habitan, carecen de servicios esenciales, como son alumbrado, calles pavimentadas, banquetas, drenajes, servicios de agua potable y otros de ese tipo, motivo por el cual, las legislaturas han aprobado regulaciones que prohíben fraccionar extensiones de terreno destinadas a dichos asentamientos humanos. Sin embargo, jurídicamente es factible que los órganos del Poder Judicial, cuando prospera la acción incoada de prescripción, sus fallos tengan como resultado el que se expidan títulos de propiedad sobre el o los lotes sobre los que verse la demanda, a pesar de las disposiciones administrativas en contrario.

Así, iniciamos, diciendo que el derecho se encuentra en constante evolución, en especial la rama administrativa pues cada vez son más los aspectos que el Estado regula, en algunos rubros que tradicionalmente se consideraban de derecho privado, que en concreto, pertenecían al Derecho Civil. Empero, los contratos civiles, se han visto impregnados por aspectos administrativos, pues se ha considerado y así lo ha receptado la legislación positiva, que situaciones inmersas en el tráfico de bienes entre particulares deben ser normadas por las entidades públicas, en tanto han

pasado a ser temas cuya importancia los ha tornado de orden público o que inciden sobre cuestiones relacionadas precisamente con otras actividades del orden administrativo desde antes reguladas o son un reflejo del ejercicio de las funciones del estado. Así, los derechos de propiedad y posesión, quedan sometidos a este tipo de normas; sirva de ejemplo la Ley de Fraccionamientos y las limitaciones administrativas a la propiedad y a la posesión por cuestiones de desarrollo urbano y uso de suelo.

Esas regulaciones administrativas pueden incidir o al menos a tener relación con el tema que abordamos en el presente trabajo: prescripción adquisitiva de bienes inmuebles. Ciertamente, partamos del supuesto donde se adquiere la posesión civil de un lote inmerso en un fraccionamiento irregular, cuyo propietario no ha obtenido el permiso para vender las fracciones de terreno; así ¿puede el poseedor adquirir la propiedad por prescripción positiva a pesar de tal situación? La respuesta involucra e tener en cuenta diversas disposiciones de la Ley de Fraccionamientos para el estado de Guanajuato y sus municipios e incluso del Código Penal del estado, que establecen:

> LEY DE FRACCIONAMIENTOS PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO Y SUS MUNICIPIOS
>
> Artículo 13.- Para la autorización de divisiones de inmuebles, cualquiera que fuera su extensión, se deberán cumplir las siguientes condiciones:
>
> I.- Las superficies resultantes no sean menores al lote tipo del desarrollo factible de ser autorizado en la zona de su ubicación, de acuerdo a los lineamientos que establece esta Ley, el Plan de Ordenamiento Territorial correspondiente y los reglamentos respectivos; y
>
> II.- El destino de las fracciones no presente impedimentos para su utilización posterior y no generen incompatibilidad futura de acuerdo a los usos señalados por la certificación de usos y destinos, así como por el Plan de Ordenamiento Territorial correspondiente.
>
> Quedan excluidas del régimen de la presente Ley las resoluciones que se emitan con motivo de la partición de una herencia, así como la división forzosa derivada del cumplimiento de obligaciones civiles, determinada por la autoridad judicial en sentencia ejecutoriada.

> Artículo 39.- Para que la Dirección otorgue el permiso de división de inmuebles, deberá considerar la zona de ubicación del inmueble en el Plan de Ordenamiento Territorial respectivo y las fracciones resultantes se ajustarán al uso previsto en dicho Plan.
> Artículo 40.- El Registro Público de la Propiedad negará cualquier inscripción de la escritura pública que no cuente con el permiso de división de un inmueble.
> CÓDIGO PENAL DEL ESTADO
> Artículo 262.- A quien promueva, induzca o aliente la formación o construcción de asentamientos humanos irregulares, causando un perjuicio público por sí o por interpósita persona; o al que fraccione, enajene o se comprometa a enajenar en forma fraccionada o en lotes, un terreno urbano o rústico, propio o ajeno, con o sin construcciones, sin el previo permiso de las autoridades competentes, o cuando existiendo éste no se hayan satisfecho los requisitos de tal permiso, se le impondrá de tres a nueve años de prisión y de cien a mil días multa.
> Cuando se trate de servidores públicos y se encuentre en cualquiera de los supuestos de este artículo, la pena se aumentará en un medio, y la destitución del empleo o cargo e inhabilitación de uno a diez años para desempeñar cualquier función pública.
> En todo caso, la reparación del daño referida en la fracción V del artículo 56 deberá ser pagada a la administración pública municipal del lugar en donde se ubique el inmueble.

Como se colige de los ordinales antes insertos, los fraccionadores no pueden enajenar lote alguno cuando no se cuenta con la licencia respectiva, pero además, la conducta así desplegada constituye un delito. En ese orden de ideas, resulta claro que al proponerse la acción de prescripción adquisitiva, el demandante de alcanzar su propósito, adquiriría un bien contra disposición expresa de la ley, puesto que no se tratado la división de una herencia ni del cumplimiento de obligaciones civiles. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha considerado que no existe tal inconveniencia y que la procedencia de la usucapión no se encuentra supeditada a colmar los extremos de disposición administrativa alguna, sino que basta que se llenen los requisitos previstos en el Código Civil del Estado, así se advierte

del siguiente criterio jurisprudencial intitulado: PRESCRIPCIÓN POSITIVA. PARA ADQUIRIR UN LOTE DE TERRENO A TRAVÉS DE ESTA FIGURA DEBEN SATISFACERSE ÚNICAMENTE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS PARA ELLO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y NO LOS PREVISTOS EN LAS NORMAS DE DESARROLLO URBANO PARA FRACCIONAR PREDIOS. La Primera Sala, argumentó, en su texto que:

> La legislación civil establece que para adquirir por prescripción un bien inmueble es necesario que la posesión sea a título de dueño, pacífica, continua, pública y por el tiempo establecido legalmente. Por otra parte, las normas sobre fraccionamientos tienen por objeto que el desarrollo urbano sea conforme a planes en los que se tomen en cuenta cuestiones como la densidad de la población o el impacto ecológico, y están dirigidas a los propietarios de los terrenos que pretenden dividirlos, no a quienes los adquieren o poseen, lo cual se corrobora con el hecho de que las sanciones por el incumplimiento de tal normativa (como las multas administrativas o las penas establecidas para el delito de fraude) son aplicables a quienes transmiten la propiedad sin la autorización correspondiente y no a los que adquieren los terrenos; de manera que la falta de observancia de esas disposiciones no tiene como consecuencia la imposibilidad de adquirir los terrenos correspondientes pues, en todo caso, los límites para adquirir cosas están establecidos en la legislación civil, la cual dispone que todo lo que no esté fuera del comercio será apropiable y que las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza, cuando no pueden ser poseídas por un individuo exclusivamente, o por disposición de la ley, cuando ésta las considera irreductibles a propiedad particular. En ese tenor, si un terreno dividido sin previa autorización es un bien que por su naturaleza puede pertenecer a una sola persona y la imposibilidad de adquirir los lotes o su salida del comercio no están previstas como consecuencias de la desobediencia a las normas de desarrollo urbano para fraccionar predios, resulta inconcuso que cuando un lote que forma parte de aquél se posee por el tiempo y en las condiciones establecidas en la legislación civil sí opera el derecho de adquirirlo a través de la prescripción positiva, sin que sea necesario acreditar la satisfacción de los requisitos previstos en las mencionadas

> normas, y sin que ello implique que una vez adquirido el bien no deba cumplirse con la legislación de desarrollo urbano respecto de los usos o destinos de los bienes inmuebles, los cuales constituyen modalidades del ejercicio del derecho de propiedad y no prohibiciones para transmitirlo o adquirirlo.[54]

En nuestro concepto, la postura asumida por el máximo tribunal de la nación, pierde de vista que al permitir o considerar que en casos como el antes propuesto, la prescripción adquisitiva sí es procedente, en realidad propiciaría la figura conocida como fraude a la ley,[55] la cual se origina, cuando al través de un mecanismo previsto en el propio cuerpo legal se logra un propósito contrario a la norma; en el ejemplo en referencia, la proscripción de enajenar lotes de un fraccionamiento cuando no se ha autorizado, obedece a la urgencia de inhibir la proliferación de asentamientos irregulares sustraídos del plan de desarrollo urbano, con las dificultades técnicas que ello representa y de la problemática, social, de infraestructura y servicios públicos que se origina, no sólo en relación con el fraccionamiento sino con el resto de los ciudadanos. Cuestiones que se soslayan en el criterio referido, perdiendo de vista que el ejercicio de propiedad puede limitarse en aras del beneficio público.

Por otra parte, no debe pasar inadvertido que en el Estado de Guanajuato, la posesión que tiene su origen en un delito no es susceptible de mutarse en propiedad, al través de la prescripción adquisitiva.

En suma consideramos que el derecho de propiedad y posesión, así como las formas de adquirirlos o perfeccionarlos sí se encuentran sujetos las disposiciones de carácter administrativo que les limiten. Esto sin que se ignore la obligatoriedad de la jurisprudencia, en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo.

[54] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXVI, agosto de 2007. Primera Sala, Materia Civil, Novena época. Tesis 1ª./J.60/2007 p. 285.

[55] Elisur Arteaga Nava, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, México, Editorial Oxford, 2000, p. 45.

13. El lapso poseído por el causante aprovecha en la prescripción. Fundamentos teóricos

La interrogante a la cual se pretende dar jurídica respuesta es: ¿Aprovecha al actor el lapso poseído por su causante? Como ya lo hemos apuntado una y otra vez, el efecto de la acción de prescripción positiva se traduce en que muta un poder de hecho sobre la cosa, en un poder de derecho; esto es, la posesión en propiedad. La institución en cita, tiene como finalidad la de dar seguridad a la posesión que colma ciertos requisitos, en tanto evidencia el ejercicio de facto de la propiedad.

Además, desempeña una finalidad de orden social y público, concretamente el de asegurar el patrimonio de reivindicaciones imprevistas, ya que en la cadena de transmisiones de la titularidad del bien si uno sólo de sus poseedores no fuere propietario, con ello bastaría para invalidar el derecho de los subsecuentes, lo cual de admitirse trastocaría el orden social.[56] Ahora bien existen casos donde la causa generadora de la posesión es sólo acto traslativo de derechos posesorios, esto es el causante es sólo poseedor y por ello transmite a su causahabiente sólo ese poder de hecho. En esos supuestos, el causante no sólo pasa de mano ese poder que venía ejerciendo sobre el bien, sino que también transfiere los derechos que tal situación le ha creado, es decir no se trata de un mero traspaso material de la cosa, sino de los derechos, características y cualidades de la posesión.

Así, si aquella era civil, tenía un origen pacifico, era continua y pública la posesión pasa al causahabiente con todas esas calidades y con los derechos inherentes al ejercicio de la posesión, como son las acciones previstas para su protección e incluso el tiempo por el que se ha prolongado aprovecha a nuevo poseedor, esto es el lapso por el cual se ha poseído es igualmente mudado al adquirente, así los dispone el artículo 1245 del estatuto legal guanajuatense, que dice:

> Art. 1245. El que prescribe puede completar el término necesario para su prescripción reuniendo al tiempo que haya poseído, el que

[56] *Cfr.* Marcel Planiol y George Ripert, *Tratado de Derecho Civil,* México, Cárdenas Editores, 1998, p. 343.

> poseyó la persona o personas que le transmitieron la cosa, con tal de que ambas posesiones tengan los requisitos legales.

Aquí debemos destacar que el dispositivo en cita supone que la traslación de la posesión deriva de un acto jurídicamente eficaz para ello, en otras palabras, debe existir la transferencia del derecho mediante un acuerdo de voluntades, una resolución judicial o administrativa y no derivar exclusivamente de una nueva situación de facto, generada porque el nuevo poseedor haya desplazado de hecho al anterior, pues ello no constituye una movilización de derechos.

No debe perderse de vista que como hemos advertido en otro apartado,[57] dado que la posesión también puede verificarse sobre derechos,[58] resulta posible prescribir los derechos posesorios de otro, en cuyo caso opera una plena transmisión de aquellos derechos y entonces, quien prescribe esos derechos posesorios estará en aptitud de aprovechar el plazo por el cual poseyó aquél contra quien los prescribió y estar en aptitud de oponer al propietario del bien, la prescripción adquisitiva, sumando a su vez la de su causahabiente.

El tópico en comento, ha motivado muy pocos criterios; empero citamos el proveniente de un Tribunal Colegiado de Circuito, del rubro:

> PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA, IMPROCEDENCIA DE LA, CUANDO EL ACTOR TAMPOCO SATISFACE EN SU CASO LA HIPÓTESIS DEL ARTÍCULO 1149 DE LA LEY SUSTANTIVA. El órgano Colegiado de Control constitucional, implícitamente consideró procedente la posibilidad de que adicionar para el cómputo del lapso prescriptivo el tiempo en que su causante lo tuvo bajo su dominio, en el texto de la tesis se lee:
>
> Si el promovente de la acción prescriptiva manifiesta que su derecho para prescribir un diverso inmueble, lo está en que sus causantes entraron a poseer el controvertido bien desde mil novecientos sesenta y tres y que entre esa fecha y hasta mil novecientos ochenta y siete,

[57] Ver Capítulo segundo, *Supra* IV.

[58] Art. 1037. La posesión es el poder que se ejerce sobre una cosa mediante actos que corresponden al ejercicio de la propiedad. La posesión de un derecho consiste en gozar de él.

> en la que él dice adquirió por compraventa el respectivo predio, mediante contrato privado, sin embargo en la secuela procedimental no demuestra la necesaria continuidad, tanto del derecho de propiedad, como, fundamentalmente el de posesión, entre una de las partes, ante esa ausencia, es evidente que no se demostraron los supuestos legales previstos en los artículos 1151, fracción III y 1152, fracción I, ambos del Código Civil. [59]

Por último, y en calidad de comentario final, diremos que estos casos que en la práctica se presentan, conforman una muestra de la problemática que envuelve la institución jurídica de la prescripción adquisitiva y que seguramente existen otros similares, pero nos pareció interesante y de trascendencia comentar, al menos, los que hemos abordado, porque, como se manifestó al inicio del capítulo, son reveladores de la figura objeto de estos trabajos y auxilian a comprenderla de mejor manera.

[59] *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo VII, abril de 1991. Tribunales Colegiados de Circuito. Materia Civil, Octava época. p. 214.

Capítulo V
La prescripción de mala fe
Conflictos normativos

1. Planteamiento del problema

Nuestra observación en este capítulo es en el sentido de que el articulado del Código Civil para el estado de Guanajuato es contradictorio, al reglamentar en forma por demás incorrecta, la prescripción adquisitiva de bienes inmuebles sin justo título y de mala fe, cuando en realidad previene la prescripción de mala fe y sin ningún título.

Los conflictos se generan a partir de la letra de la ley. El artículo 1250, de la legislación en comento, de manera expresa, puntualiza que quien alega la prescripción debe probar la existencia del título en que funda su derecho, salvo el caso en que se alegue este tipo de prescripción adquisitiva (sin justo título y de mala fe).

Con base en lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia número 1ª./J.19/2007,[1] interpretó que para tales casos, basta, para que opere la usucapión, que el actor pruebe que ha ejercido la posesión a nombre propio, como dueño en sentido económico, sin que sea necesario demostrar el acto jurídico por el que se entró a poseer, esto es el título. Por ello afirmamos que quien invoca la usucapión al amparo de estos supuestos normativos, se ostenta como poseedor de mala fe y sin título ninguno.[2] Como resultado de lo anterior y siguiendo

[1] Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* tomo XXV, abril de 2007. Primera Sala, Materia Civil. Tesis: 1a./J.19/2007. Novena época. p. 312.

[2] Art. 1955.- Se entiende por título la causa generadora de la posesión.

Art. 1251. - Se entiende por justo título el acto jurídico adquisitivo de la posesión en concepto de dueño.

cierta línea de interpretación, se arribaría a la siguiente conclusión: si no en necesario acreditar el título, tampoco hay razón para referirse a él en la demanda, esto es: el origen de la posesión queda fuera de *litis*.

Nos proponemos, en este contexto, evidenciar que una correcta intelección en lo que hace al tema, debe partir de una interpretación integral de la legislación y concluir, que siempre y en todos los casos, se debe probar el acto generador de la posesión.

A fin de justificar nuestra postura, en el sentido de que es necesario realizar una intelección armónica del precepto con el resto del articulado, estimamos, resulta indispensable, distraernos un poco de nuestro tema central para incursionar, así sea en forma breve, en lo que se ha escrito en torno a la interpretación de la normatividad positiva. Para tal fin, a título de marco teórico, abordaremos de inicio, ideas generales sobre la interpretación de la norma, en particular a la facultad atinente a los órganos jurisdiccionales; el límite del juzgador u operador de la norma, a quien le está vedado traspasar la ley, por ser tarea del legislador la creación de las normas secundarias, dentro del marco constitucional; haremos el intento de apuntar de manera sucinta las posturas jurídicas más destacadas sobre el tema y estudiaremos el conflicto normativo del caso en particular. Para esto último, realizaremos el análisis crítico de la tesis 1ª./J.19/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para luego exponer las razones del porqué estimamos incorrecta la decisión contenida en la tesis en comento y así arribar a la que consideramos es la interpretación jurídica adecuada. Por último, ponderaremos la fuerza obligatoria de la jurisprudencia para sostener que, en extremo último, debe estimarse inconstitucional el precepto 1250 del Código Civil para el estado de Guanajuato.

En el aspecto teórico, es necesario apuntar que el derecho mismo, es institución inacabada por ser obra humana, susceptible de contener errores, puesto que los sistemas jurídicos se configuran por normas producidas artificialmente, es decir por seres humanos, aun y cuando se esfuercen los juristas por adecuarlas en su contenido, a los más elevados principios axiológicos. Entre otros autores, Luigi Ferrajoli dice que en un Estado constitucional de derecho, es por naturaleza un ordenamiento imperfecto,

donde es impensable "una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y lagunas".[3]

Antes de intentar un breve resumen de las ideas contenidas en la doctrina jurídica sobre la necesidad de interpretar la norma, particularmente por los órganos jurisdiccionales y la evolución de estas ideas, conviene tener presente el concepto de interpretar la ley. Así tenemos que Brian H. Bix, nos proporciona la definición siguiente: "Interpretación. Es la explicación o caracterización de un texto cuyo significado o significación no es evidente".[4] Jorge Ulises Carmona Tinoco dice: "La interpretación jurídica es la actividad por la cual se determina el sentido de las expresiones del derecho". Luego agrega: "La interpretación permite extraer la norma jurídica que tiene incorporada".[5]

Eugenio Trueba Olivares, se refiere a la hermenéutica y al respecto dice: "La Hermenéutica es una disciplina que puede definirse como la actividad intelectual encaminada al entendimiento y comprensión de un determinado texto. La voz viene del griego hermeneuiem, que quiere decir explicar o interpretar. Interpretar a su vez proviene del latín interpres, que significa traducir".[6]

Don Juan Díaz Romero destaca como elemento esencial de la interpretación, la necesidad de comprender, como punto central de la hermenéutica.[7] En otra parte de su obra, luego de puntualizar lo relativo al vocablo, dice que la palabra <no deriva del nombre del dios griego

[3] *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, p. 24.

[4] Bix, Brian H. *Diccionario de teoría jurídica.* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2009, p. 139.

[5] Carmona Tinoco, Jorge Ulises. *La interpretación judicial constitucional.* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1966, pp. 21 y ss.

[6] Trueba Olivares, Eugenio. *La interpretación de la ley.* Guanajuato. Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato. Departamento de Investigaciones Jurídicas, 1989. pp. 38 y ss.

[7] *Cfr.* Díaz Romero, Juan. *Imagen elemental de la hermenéutica jurídica.* México, Publicación de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012. pp 8 y 9. Este autor, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ahora en retiro, manifiesta que al margen de que la hermenéutica puede ser sustentada en los principios de la ciencia, o regida por un conjunto de reglas como en todo arte, se puede visualizar como parte integrante del ancho campo de la interpretación. En "principio" porque la hermenéutica va más allá de la interpretación de un texto, ya que mediante su ejercicio una persona (lector) trata de comprender lo que otra persona (autor) pensó, sintió, especuló reflexionó, ponderó ordenó, etc., partiendo de los signos (textos) que dejó. Luego cita a varios autores con quienes pondera

Hermes lo cual no deja de ser una decepción, puesto que no habría nada mejor para la elocución o la interpretación que éstas quedaran bajo la advocación del mensajero de los dioses>.[8]

Ricardo Guastini, afirma que cuando se habla de interpretación de fuentes del derecho (textos normativos, formulaciones de normas), "Interpretar" significa aclarar el "contenido" o el campo de aplicación de una norma.[9] En párrafos siguientes asevera que en estricto sentido, interpretación se emplea para referirse a la atribución o significado de una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación y alude a la máxima: *in claris non fit interpretatio e interpretatio cesta in claris*. Empero, como incluso puede suscitarse controversia para saber cuáles son los casos fáciles, no dudosos ni controvertidos, resulta que cualquier texto, en cualquier situación, requiere de interpretarse, motivo por el cual propone un concepto amplio de interpretación, que "se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias".[10]

De las definiciones transcritas podemos colegir, sin hesitación alguna, que el concepto de interpretar tiene íntima relación con la necesidad de entender o capturar el sentido de la norma jurídica, en una tarea de intelección, partiendo de la base de que para comunicarse y tener precisión del concepto que se transmite, resulta imprescindible entender por medio del lenguaje, la dimensión más exacta en lo posible, del significado de las frases y oraciones que integran el texto objeto de interpretación; por ello oímos frecuentemente que se habla del espíritu de la norma y hasta se quiere indagar y abstraer lo que el legislador tuvo en mente, empleando una auténtica metáfora, porque el legislador, se integra por tantas mentes, como diputados y senadores conforman las cámaras legislativas. Por lo demás, es de señalar que siempre existe la posibilidad de que los diversos intérpretes, como bien pueden ser distintos órganos judiciales, u operadores, encargados de aplicar la normas, por medio de su actividad juris-

---

la comprensión como punto central de la hermenéutica y condensa la postura en la frase: "el centro filosófico de la hermenéutica no se encuentra en el interpretar sino en el comprender".

8 *Ibidem*. p. 3.

9 Guastini, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica.* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Editorial Porrúa, 2003, pp. 3 y ss.

10 *Ibidem*. p. 5.

diccional, arriben a conclusiones también distintas y entonces, se necesita de un tercer intérprete, casi siempre de un superior jerárquico, con cuya autoridad se determine, al menos desde el punto de vista formal, cuál de las intelecciones es la correcta.

En efecto, las interpretaciones dadas, ya sea por autores reconocidos o por criterios de los tribunales, tienen el peso de lo que se ha dado en llamar argumento de autoridad. Según Anthoni Weston, el argumento de autoridad, tiene su origen en la diversidad del conocimiento humano, de modo que si se parte de la base de que las personas por más cultura que logren reunir, su acervo sería siempre insuficiente para tener conocimientos precisos sobre todas las materias.

En este contexto, para robustecer algún concepto, se recurre a la autoridad, es decir, a quien sobre la materia específica tenga un reconocimiento destacado, pues nadie puede erigirse en un experto, mediante la experiencia directa, en todas las cosas que es posible conocer.[11]

Por lo demás, nos remitimos a la afirmación categórica, de que en el Derecho Positivo mexicano, sólo vincula el argumento de autoridad, en tratándose de interpretación de normas positivas, cuando se contenga en jurisprudencia firme y en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, vigente hasta la entrada en vigor de una nueva ley,[12] cuya creación se contempló en el régimen transitorio de las reformas constitucionales del año 2011.

2. La proscripción para los jueces de todo tipo de interpretación

En épocas pretéritas es bien sabido que la función jurisdiccional se concentraba en el monarca, para después depositarla en jueces independientes. Emilio Rabasa, refiriéndose al caso de Inglaterra, dice que "la justicia se administraba en la casa del rey o en dondequiera que las labores y tareas de gobierno lo llevaban, lo que había de hacer bien penoso buscarla; la delegación se imponía y se hizo sin esfuerzo".[13] Sin embargo, (en Francia

[11] Weston, Anthony. *Las claves de la argumentación.* Ed. Española a cargo de Jorge F. Malem (Universitat Pompeu Fabra). Barcelona, Editorial Ariel, S. A. 2006. pp. 55 y ss.

[12] La Ley de amparo de 1936, quedó abrogada por la nueva, del mismo título, con vigencia a partir de 3 de abril de 2013.

[13] Rabasa, Emilio. *El juicio constitucional,* 4ª ed. México, Porrúa S.A., 1978, p. 152.

especialmente) aun y cuando se hicieron nombramientos de auxiliares en el desempeño de esa función y se designaron jueces, en seguida se dictaron ordenanzas que les prohibían Interpretar la ley y se les impuso la obligación de remitir el proceso al monarca para tal efecto. Una idea exacta del concepto que se tenía en esa época, se desprende de la célebre frase de Carlos Luis de Secondant, barón de Montesquieu: "los jueces de la Nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma".[14] Sobre este punto, múltiples autores han bordado sobre el tema.[15]

Es conveniente advertir que los juristas contemporáneos son uniformes al creer superada la etapa en que se consideraba que el juez sólo debería aplicar en forma mecánica la ley. Baste con citar a Ferrajoli, cuando asevera: "En efecto, la sujeción del juez a la ley no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida…"[16]

En resumen, tenemos que en un inicio, los juzgadores, tenían expresa prohibición de interpretar la ley; esto, seguramente por el desprestigio de la función, pues en algunos lugares los nombramientos se otorgaban por medio de un simple contrato de compra-venta, práctica deleznable que la historia registra.[17]

[14] Secondant, Carlos Luis de, Barón de Montesquieu. *El espíritu de las leyes.* México, Editorial Porrúa, 1992, p. 108.

[15] Insertamos un párrafo que sobre el tópico escribió don Luis Recasens Siches: "es bien sabido que fue en Francia precisamente en el siglo XIX donde se formuló con el más estricto rigor y se predicó con mayor energía y más reiterada insistencia la doctrina ultra legalista, según la cual *todo* el Derecho Positivo se halla contenido exclusiva y exhaustivamente en las leyes, y que, consiguientemente, la función del juez debe limitarse a aplicar la ley en los casos particulares mediante la subsunción de los hechos concretos bajo la regla general, es decir, la función judicial es mecánica y consiste simplemente en un silogismo". (Recasens Siches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 2ª ed., México, Porrúa 1973, pp. 221 y ss.)

[16] Ferrajoli, Luigi. *Ob. Cit.,* p. 26.

[17] *Cfr.* Arredondo Elías, Juan Manuel. *El acceso a la función jurisdiccional; formación y selección de jueces.* México. Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. 2005, pp. 108 y ss.

3. Del método de interpretación exegético a nuestros días

El freno a la interpretación del juzgador se establece de manera radical en la llamada Escuela de la Exégesis Francesa. El jurista Blondeau fue quien en 1841 en la memoria *L' autorité de la loi*, sostuvo que las decisiones judiciales deben fundarse exclusivamente en la Ley.[18]

En la época moderna, se parte de la idea de que, "para decir el derecho" es necesario valerse de métodos de interpretación, debiendo mencionar entre los más representativos y considerados como tradicionales los siguientes: 1. Método gramatical 2. Método de la exégesis 3. Método histórico 4. Método teleológico 5. Método sociológico (algunos autores como Guastini, hablan de familias de teorías).[19]

Además, a lo largo de los dos últimos siglos se han desarrollado múltiples estudios sobre el tema,[20] cuyo examen omitimos puesto que este

[18] Se admite la interpretación, pero sólo en el sentido de *exégesis de los textos*, de modo que deben rechazarse "las falsas fuentes de decisión con las cuales se pretende substituir la voluntad del legislador". Por lo demás se abren otras posibilidades, pues si bien cuando el texto es claro y la interpretación es puramente *gramatical*, no se suscita controversia, cuando la letra de la ley es oscura o incompleta, se puede echar mano de la llamada *interpretación lógica*, que consiste en descubrir el espíritu de la ley, "para controlar, completar restringir o extender su letra". Habrá que buscar el pensamiento del legislador; para ello el exegeta, puede recurrir a *medios auxiliares directos*, como el examen de trabajos preparatorios, la exposición de motivos, discusiones parlamentarias, análisis de las condiciones que prevalecían en la época en que la ley fue aprobada y, en fin, los motivos que indujeron al legislador para establecerla. Si estos medios son infructuosos, se puede valer de *medios indirectos*. Entre ellos figuran en primera línea el recurso a la equidad y la aplicación de los principios generales del derecho. Se busca pues, la voluntad real o presunta de los redactores de la ley. *Cfr.* García Maynes, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho.* 59ª ed. México, Editorial Porrúa, 2006, pp. 333 y ss.

[19] Guastini, Ricardo. *Estudios sobre interpretación Jurídica.* México, Edición de UNAM y Editorial Porrúa, 2003, p. 13. Este autor asevera a continuación, que los métodos de interpretación, a su vez tienen escuelas representativas, entre las que se encuentran: *Escuela de la exégesis o francesa, escuela histórica alemana, la jurisprudencia dogmática, jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia de intereses, la escuela científica francesa, sociologismo, la escuela del derecho libre, corriente del realismo jurídico y jurisprudencia sociológica*.

[20] Citamos al jusfilósofo Recasens Siches, quien estudia las siguientes: El utilitarismo de Bentham. El teologismo de Ihering. La "experiencia práctica" de Colmes. La libre investigación científica de Gény. La "ofensiva sociologista" de Ehrlich. El movimiento en pro del "derecho libre" en Alemania. La jurisprudencia de intereses. La "jurisprudencia sociológica" en los EE.UU. (Cardozo, Pound, etc.) La "lógica experimental" de John Dewey. La "revolución" propugnada por Joaquín Dualde. El movimiento del "realismo jurídico norteamericano". El "derecho jurídico" de Carlos Cossio. Los "longoides" de Juan David García Bacca. Reivindicación del pensamiento apóretico de

trabajo tiene una finalidad distinta; amén de que estamos conscientes de que nos debemos limitar a exponer de manera panorámica las diversas corrientes, como también tenemos la convicción de que bien pudieran estos temas relativos a la interpretación, dar materia para la elaboración de otra o de varias tesis, como la presente. Sin embargo, es necesario al menos mencionar, que existen opiniones sobre la interpretación del derecho de último cuño y que destacados juristas han escrito sobre el tema, entre los que se encuentran el propio Recanses Siches, Herber Hart, Ronald Duorkin, Robert Alexi, Luigi Ferraioli, Weinberger, Alf Ross, Alexander Peczenik, Norberto Bobbio, Carlos Alchurrón, Eugenio Bulyguin, Carlos Nino, Manuel Atienza y otros igualmente importantes.

4. Interpretación doctrinaria, legislativa y jurisdiccional

En la actualidad no hay quien sostenga la proscripción de interpretar la ley, incluidos los juristas más representativos de las corrientes tradicionalmente antagónicas (nos referimos a la jus naturalista y la positivista). También se han hecho clasificaciones y se distingue entre la interpretación que realizan los juristas, estudiosos del derecho de la que hacen los órganos jurisdiccionales; así mismo, se distingue la que proviene de los órganos legislativos.

En lo que respecta a la interpretación que realizan los juristas, los jus filósofos y en general los estudiosos del derecho, indudablemente que constituye una gran influencia académica para la creación de las normas y su ulterior interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales e incluso ejercen "una acción decisiva en la caducación de viejas normas, en

---

Theodore Viehweg. La teoría de la argumentación de Chaim Perelman. La crítica antideductivista y antisilogística de Michel Villey. La lógica material del derecho según la escuela belga. La "prudencia según Tomar Ballweg. La "lógica material según Karl Engisch. Nuevas críticas contra el silogismo por Joachim Hruschka. Nuevas críticas contra la lógica formal de Lother Phillipps. La estructura del pensamiento jurídico según Hill Bhielm Aubert. El pensamiento del jurista según Julius Stone. Análisis del razonamiento jurídico según Edward Levi. La decisión jurídica según Thomas Cowan. Crítica de la supuesta racionalidad formal de las decisiones judiciales por Paul A. Freund. El juez es más importante que el juzgador según Francesco Carnelutti. (Recanses Siches, Luis. *Ob. Cit.,* pp. 25 a 130.)

el modelaje de nuevas instituciones y en la adopción de nuevas rutas para el desenvolvimiento del derecho venidero".[21] Sin embargo, y pese a todo, la sabiduría emanada de estas interpretaciones, no vincula a ninguna autoridad ni a sus órganos.

En cuanto a la facultad que tienen los órganos legislativos de interpretar las normas que ellos mismos expiden, cabe puntualizar que Los autores de la disciplina y ciencia jurídica le otorgan la denominan interpretación originaria. Basta recordar que en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precisamente en el artículo 72, apartado "F", en forma expresa se otorgó al legislador secundario esa facultad de interpretación originaria.[22]

Autores tan reconocidos como Hans Kelsen y Herbert Hart, a la proveniente de quienes crean o aplican el derecho, suele nombrarse interpretación auténtica y a la que hacen los teóricos del derecho, la llaman interpretación no auténtica.[23]

También citamos a Ricardo Guastini, uno de los autores más reconocido en materia de interpretación. Este autor hace resaltar la ambigüedad de los preceptos jurídicos y se expresa en los términos siguientes: "…En el lenguaje común, la interpretación de cualquier texto se considera (originaria) sólo si se realiza por el mismo sujeto –la misma persona– que es el autor del texto interpretado…"[24]

En cuanto a la interpretación que realizan los tribunales a la que se alude en el párrafo anterior y que Hans Kelsen denomina auténtica,

[21] *Cfr. Ibidem,* p. 3.

[22] El texto es del siguiente tenor: "F. En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación".

[23] Karla Huerta Ochoa, se refiere a estos dos autores y dice que Hart distingue entre la interpretación que corresponde a los órganos obligados a realizar la aplicación del derecho, por lo cual resultaría obligatoria. "Kelsen hace una distinción similar y denomina a este tipo de interpretación <auténtica>… La perspectiva externa, en cambio corresponde, según Hart, a la actividad realizada por el estudioso del derecho, o por un tercero interesado en saber cuál es el significado de las normas… Es por ello que, para Kelsen, la interpretación que realiza un jurista debe ser considerada como <no auténtica>, puesto que su tarea no es aplicar o crear el derecho, sino conocerlo". Huerta Ochoa, Karla. *Conflictos normativos*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007. pp. 9 y 10.

[24] Guastini, Ricardo. *Estudios sobre interpretación Jurídica.* México, UNAM y Editorial Porrúa, 2003, pp. 118 y 119.

simplemente diremos que el artículo 107 Constitucional, en su fracción XIII, contempla los supuestos en que los criterios deben prevalecer como jurisprudencia y en los artículos 192 y siguientes de la ley de amparo, vigente hasta el 3 de abril de 2013, se especifican los requisitos para su formación y establece su obligatoriedad. La nueva Ley de Amparo, establece la obligatoriedad de la jurisprudencia, en su artículo 217, haciendo extensiva la obligatoriedad de la jurisprudencia de los plenos de circuito.

Desde otra perspectiva, tenemos que los artículos 16 y 17 del Código Civil para el estado de Guanajuato, como una gran cantidad de ordenamientos similares, señalan que el silencio o insuficiencia de la ley no autoriza a los tribunales a dejar de resolver el conflicto y que en casos así, se puede recurrir a los principios generales del derecho; esto acorde con la disposición contenida en el artículo 14 constitucional párrafo *in fine*.

Hay autores que observan el desenvolvimiento de la actividad interpretativa del derecho y fijan su atención en que existen, además de los juristas teóricos, de los legisladores y de los jueces, otras autoridades que tienen la obligación legal de aplicar las normas jurídicas y, por ende, de interpretarlas; entre éstos, se encuentra Eugenio Trueba Olivares.[25]

5. La ley. Límite de la facultad de interpretación del juez

La *vexsata cuestio* de precisar la relación del juez con la ley escrita, indudablemente tiene relación íntima con los temas de interpretación y es ineludible hacer referencia a ella.

De inicio recordemos lo estatuido en el artículo 49 Constitucional, en el sentido de que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial y que no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación. A partir de esta

[25] Trueba Olivares, Eugenio, *Ob. Cit.*, pp. 48 y ss. El autor incluye la interpretación administrativa que realizan algunos funcionarios en el momento de aplicar la normatividad. Hace referencia también a la facultad reglamentaria que autoriza al presidente de la de República a expedir reglamentos, (artículo 89, constitucional en su fracción I), *reglamentación* que no contiene otra cosa, sino verdaderas normas de carácter general abstracto y personal; estas ideas las hace extensivas a las circulares y disposiciones de carácter general y a las facultades reglamentarias de los ayuntamientos (artículo 115 constitucional).

norma que consagra la división de poderes, se impone la conclusión de que, entre otros supuestos, le está vedado al Poder Judicial realizar tareas legislativas (a menos que emita acuerdos generales que tengan relación con la funcionalidad de sus órganos), de modo que cuando interpreta alguna norma proveniente del diverso poder Legislativo, el límite de su interpretación será la ley misma, que a la vez es el fundamento de su facultad para interpretarla. Este límite del juzgador no podrá quebrantarse ni siquiera por razones de equidad y justicia, puesto que el problema del juez ante la ley injusta merece otro tratamiento. Por lo demás, los sistemas jurídicos modernos, establecen procedimientos para expulsar del sistema una norma que se encuentra en contradicción con la norma fundamental; la Constitución mexicana dota a los particulares del juicio de amparo y en su artículo 105, previene otros procedimientos que tienen como finalidad ajustar las leyes y actos al mandato constitucional. Aquí conviene hacer un apunte y reflexión sobre el tema en los términos que se insertan en la nota puesta a pie de página.[26]

[26] Hemos dicho ya, en párrafos anteriores, que hubo una época, en la que el juez, solamente era "la boca de la ley" y le estaba proscrito intentar siquiera interpretarla. Esta postura contrasta la del Juez Magnaud, presidente del Tribunal de Primera Instancia de Château-Thierry, a quien se refiere Stammler, (Rudolf Stammler, *El juez.* México, Editora Nacional. Valle impresores, 1980, pp. 79 y ss.) y de quien dice, inició un *tipo de jurisprudencia* a la que él mismo dio el nombre de *humana*, de modo que tanto en las materias penal como civil, aplicaba sus propios criterios, con el argumento de que el juez debía aplicar la ley en sentido humano; empero, a pesar de que algunos le llamaban *le bon Juge* (otros se mostraron adversos a este modo de administrar justicia), la realidad de las cosas es que, como el mismo Stammler lo señala ¿en que se conoce cuándo una sentencia es humana? ¿En qué consiste la humanidad? Y ¿como puede razonarse el pensamiento? He aquí la interrogante ¿es preferible un buen juez aun sin ley?

Seguramente la postura más antigua que sostiene la facultad ilimitada, es la descrita por Platón (Platón. *La república o de lo justo, en Diálogos.* Estudio preliminar de Francisco Larroyo. México, Editorial Porrúa, S.A., 1973, pp. 492 y ss.), quien en su *República o de lo justo*, libro tercero, escribió: "Todos vosotros sois hermanos, les diré; pero el Dios que os ha formado, ha hecho entrar oro en la composición de aquellos de vosotros que son aptos para gobernar a los demás; así son los más preciosos. Ha puesto plata en la composición de los guerreros, hiero y bronce en la de los labradores y demás artesanos". (Platón, p. 492 y ss.) Como se advierte, en la república ideal de Platón, las personas en cuya composición había entrado el oro, estaban destinados ser los gobernantes, filósofos-reyes, dotados de poder absoluto, de modo que el dispensador de la justicia, dentro de ese gobierno autocrático, no se verá sometido a ninguna norma, precisamente por el carácter autocrático del sistema.

Precisado lo anterior, debemos avocarnos ahora a un diverso aspecto de la interpretación, que tiene lugar cuando el legislador, en una misma ley, como es el caso del Código Civil del estado de Guanajuato, emite

---

La postura contraria, la encontramos en su discípulo Aristóteles, quien en el libro tercero de su *Política*, de manera categórica exclama que: "Es preferible pues, conforme al mismo razonamiento, que gobierne la ley antes que uno sólo de los ciudadanos; y aun en el caso de que fuera mejor el gobierno de algunos, habría que constituir a estos en guardianes de la ley y subordinados de ellas…La ley es, por tanto, la razón sin apetito". (Aristóteles. *Política.* Versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo. México, Editorial Porrúa, S.A., 1970, pp. 217 y ss.) Así, tenemos que Aristóteles se dio cuenta del peligro que entraña un régimen absoluto y que los juzgadores estarán expuestos siempre a las pasiones, con el consiguiente riesgo de caer en actitudes parciales y prepotentes, aun cuando admite que en ciertos casos puede ser mejor un buen juez, de ahí que claramente acote el problema, al precisar: "Se indaga entonces si será mejor que gobierne la mejor ley o el mejor hombre". (Aristóteles. p. 218).

De esta forma, quedan definidas estas posturas antagónicas; sin embargo, será el caso de considerar que algunos estudiosos no las encuentran irreconciliables, pues bien pudiera pensarse que el juzgador estará sometido invariablemente a la ley, pero que habrá ocasiones en que haciendo uso de su arbitrio, con toda legitimidad pueda inclinar el fiel de la balanza por la solución más justa.

El punto de partida lo encontramos en la consideración de que la ley es el límite y a la vez fundamento de la facultad del sentenciador y este concepto en su conjunto, representa uno de los valores a que aspira el derecho: la seguridad.

Por otra parte tenemos que entre la ley y el caso concreto "hay un espacio libre en que se mueve la actividad interpretativa del juez", según frase de Lorenzo Carnelli (Carnelli Lorenzo. *El juez como objeto de derecho. "LL", 52-1019*. p. 23. Autor citado por Alvarado Velloso, Adolfo, en *El juez sus deberes y facultades. Los derechos procesales del abogado frente al juez*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982. p. 23.) y pensamos que es ahí en esa zona, donde opera en plenitud y en donde se dejan sentir los efectos benéficos de la intervención del buen juez. En una hipótesis extrema cuando la norma no permita al juzgador adoptar una postura que fuese la indicada conforme a su criterio, entonces, habrá de aplicar la norma que no es de su agrado, pues de no hacerlo, quebrantaría el valor seguridad. Así lo estima Rodolfo Stammbler, (Stammbler Rodolfo. *Ob. Cit.*, p. 120 y 121) cuando afirma que el juez es independiente de los demás hombres, pero se halla sometido siempre a la ley, aun en caso de que el contenido de la ley no sea justo; también asevera que el juez no tiene más camino que acatar y aplicar sin vacilación el derecho vigente. "Tiene que velar por la justicia en la primera acepción de esta palabra: mantenerse firmemente junto al derecho, defender el derecho contra la arbitrariedad. Además, dice que no es bueno limitar y pulir un resultado desagradable o francamente injusto del derecho vigente hasta conseguir un resultado intrínsecamente mejor, pero en realidad ilegal. No; el juez debe tener el valor de aplicar también un derecho injusto cuando la ley lo exija, pues es peor dar una solución desagradable a un caso aislado; *es destruir lo que Kant ha llamado la "fuente del derecho": la confianza en el derecho en general y en su carácter inviolable mientras rija como tal derecho"*. En resumen: El juez no es un autómata ni aplicador ciego de la ley, pero tampoco tiene facultades para ignorarla. Su actividad, el *decir el derecho,* el decidir litigios, le coloca en un plano tal que debe buscar siempre reconciliar la ley con la solución justa. (*Ibidem*).

normas que en sí, son contradictorias, es decir cuando se está en el caso de los conflictos normativos.

6. Conflictos normativos e interpretación

Nos proponemos ahora evidenciar que cuando un precepto "choca", es decir, colisiona o se contradice con otros que se contienen en un mismo ordenamiento jurídico, debe el juzgador armonizarlos. El problema se actualiza cuando se está en presencia de lo que suele llamarse conflicto normativo. La solución del problema, puede ser en función de diversos métodos; pero en todos, se requiere de una actividad interpretativa. Carla Huerta Ochoa, los refiere así:

> De manera genérica se podría decir que los conflictos normativos son problemas de aplicación de las normas que se manifiestan en los sistemas jurídicos, por lo cual resulta necesario conocer el entorno en que se producen, las razones por las cuales se verifican, así como distinguir los casos en que estos no se suceden realmente.[27]

En otro apartado nos dice, luego de prevenirnos de la dificultad del tema:

> En el caso de una contradicción normativa estamos ante un conflicto normativo auténtico, porque se configura como una contradicción material y esto se presenta cuando dos o más normas tienen el mismo ámbito de aplicación y sus "contenidos normativos" son incompatibles, es decir, que las normas en conflicto no pueden ser satisfechas al mismo tiempo, dado que el cumplimiento de una, produce necesariamente la desobediencia de la otra. En estas situaciones, el juez debe decidir cuál de las normas es aplicable al caso y debe ser satisfecha. Al hablar de una "contradicción normativa" se presume que dos normas válidas siendo potencialmente aplicables, son incompatibles…[28]

[27] Huerta Ochoa, Karla. *Conflictos normativos*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 7.
[28] *Ibidem.* p. 52.

En el orden de razones expuesto, tenemos que luego de detectada la antinomia, el paso siguiente es encontrar, conforme a las reglas de interpretación, cuál de las normas de las que colisionen entre sí, habrá de inaplicarse, por no poder coexistir con el resto del catálogo de normas jurídicas.

Aquí, cabe hacer la precisión de que existe enfrentamiento entre diversos tipos de normas; por ello es necesario puntualizar que las reglas de interpretación, aplicables para solucionar conflictos normativos cuando se contraponen entre sí preceptos constitucionales, son diferentes a las que se aplican cuando se trata de leyes secundarias. Las soluciones son distintas, cuando el conflicto normativo se produce: a) entre uno a varios preceptos constitucionales con otros de la propia Ley Fundamental; b) normas contenidas en la constitución que contradicen otros de la ley ordinaria; c) ley ordinaria contra las de los tratados internacionales; d) ordenamientos contenidos en tratados internacionales que se contraponen con otros de la misma o diversa convención internacional; f) leyes secundarias contra otras de otras entidades, en un sistema federal; g) entre normas secundarias de diferente rango (V. Gr. Entre una ley federal y otra de una entidad federativa) y h) entre normas secundarias de idéntico rango provenientes del mismo legislador. Sin embargo, para los fines de nuestro estudio, nos referiremos sólo a las diferentes soluciones que se deben dar a los casos en que se enfrentan normas secundarias emitidas por el mismo cuerpo legislativo. Cuando se trata de colisión de normas de distinta jerarquía, por ejemplo entre la Constitución y una ley secundaria, se considera no tanto un conflicto de normas, sino la prevalencia de la disposición contenida en la ley superior.[29]

[29] Esto último lo admiten, en general, los autores versados sobre la temática; referimos aquí a Rodolfo Vigo, autor argentino quien afirma que en la doctrina jurídica se han difundido sustancialmente los siguientes criterios: *a) el axiológico, b) el jerárquico*, (la norma superior prevalece sobre la inferior) que es el que nos interesa en este lugar. *c) el cronológico, d) el de especialidad y e) el de liberalidad.* (Vigo Rodolfo, Luis. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 90).

Cuando el enfrentamiento es entre disposiciones constitucionales, Arteaga Nava Elisur, propone los siguientes postulados y principios básicos, precisamente para la interpretación constitucional: A) Principio de Supremacía Constitucional. Implica, entre otras cuestiones, que cuando se enfrenta una ley secundaria con alguna norma constitucional, no opera el principio de que la ley posterior, deroga la a la anterior; se tratará de un acto legislativo viciado, susceptible de ser anulado. B) Principio de que la Constitución es norma fundamental. Conduce a la conclusión del inciso anterior. C) Principio de que la Constitución es sólo una, y que es completa en sí y por sí. Presupone que sólo es válido

eliminar cualquier laguna que pudiera detectarse en la Constitución recurriendo a lo que es su texto, entendido como una universalidad de principios fundamentales que han estado y están en vigor. D) Principio de incongruencia constitucional. Se traduce en que jurídicamente la Carta Magna no tiene ni puede tener contradicciones, de tal manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás; por lo que no se puede decir que algunos de sus estatutos no deben observarse por ser contrario a lo dispuesto por otros. E) Interpretación con base en el principio de legalidad. Se compone de dos obligaciones derivadas del axioma: a toda autoridad sólo le está permitido actuar en lo que tiene atribuido expresa o implícitamente; en cambio los particulares pueden hacer todo, excepto en lo que tienen prohibido. F) Principio de igualdad ante la ley y los privilegios. Tiene su origen en el imperativo constitucional de que todos somos iguales ante la ley; sin embargo se acepta que a virtud de algún texto constitucional (*nullus privilegium sine lege*) algún grupo de servidores públicos, queden al margen de este principio; por ejemplo: "el Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común" (Artículo 108). G) Principios de generalidad y exclusividad. Cuando una facultad o una atribución se conceden (en un precepto) a un poder u órgano en términos generales y a otros (en otro precepto), en forma privativa o exclusiva, debe prevalecer esta última sobre aquella. H) Principio de que las facultades de los poderes son enumeradas. Obedece, a lo dispuesto en el artículo 124 constitucional, en tanto las facultades de los poderes federales son específicas y circunscritas, (facultades explícitas), así como las (facultades implícitas), que no siendo listadas, son necesarias para desplegar aquellas que sí lo están. (Es este enunciado, una de las bases del sistema federalista). I) Principio de facultades residuales. Se concibe como una actividad destinada a llenar un vacío, que opera cuando la federación no actúa habiendo necesidad de que lo haga; entonces los Estados pueden actuar mientras aquella no lo haga. J) Principio que regula la existencia de los derechos humanos y sus limitantes. En congruencia con este postulado, los derechos individuales (o fundamentales), deben interpretarse de manera amplia, de tal forma que, más que intentar limitarlos, restringirlos o anularlos, se hagan realidad en los términos en que están consignados en las normas constitucionales y, de ser posible sean ampliados en favor de los habitantes del país. Aquí es oportuno señalar que conforme al texto vigente, cuya última reforma ocurrió, a la fecha en que esto se escribe, en el mes de febrero de 2013, "las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y los tratados internacionales sobre la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia". En otro aspecto, las limitantes a esos derechos no son susceptibles de ser creadas o aumentadas por el legislador ordinario ni por la jurisprudencia. El número de limitantes es sólo el que fija la Constitución. K) Principio del silencio de la Constitución. Conforme al principio de legalidad que tratamos en inciso D), las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permita, de modo que cuando La ley Fundamental guarda silencio, es que niega. En cambio si los particulares pueden hacer todo, excepto lo que la ley les prohíba, entonces, cuando la Constitución calla, se reputa lícito y permitido el actuar de que se trate. L) Principio de que todo poder es completo en sí mismo. Se parte del supuesto de que todo poder contiene en sí, todos los elementos para subsistir, para hacer operantes las facultades que le han sido conferidas y para defender su campo de acción; Así, por ejemplo, aunque su función principal no sea legislativa, podrán darse a sí mismos los reglamentos o acuerdos generales en los que se establezcan los principios que regulen su funcionamiento. M) Principio de que la Constitución es un todo. Conforme a esta idea, no es válido interpretar alguna disposición constitucional en forma aislada, haciendo caso omiso de su contexto, según el enunciado de que las leyes deben

7. Reglas básicas para la interpretación de leyes secundarias del mismo rango

Como ya hemos adelantado, las reglas que se aplican para solucionar antinomias entre preceptos constitucionales, son diferentes a las que operan para la solución de antinomias entre leyes secundarias de un mismo rango. Corresponde ahora avocarnos al análisis sucinto de algunas reglas para solución de normas secundarias que tienen el mismo ámbito de validez temporal, espacial, personal y material en conflicto. De inicio, se debe hacer el puntual señalamiento que nos apoyaremos fundamentalmente en las enseñanzas de Norberto Bobbio.[30]

---

concordarse unas con otras *(jura Juribus concordari debet)*. N) Principio de que la Constitución es un texto político. El intérprete no debe inadvertir que la Constitución es un texto político, una forma de Estado, de gobierno, una particular manera de dominación, una convivencia entre particulares y de estos con sus autoridades, sujeta a normas jurídicas, escritas ciertas y dadas con antelación a los hechos; así, en caso de duda deberá optarse por un punto de vista que más que en lugar de desconocer o diluir estas formas y maneras, tienda a afianzarlas y hacerlas operantes. Ñ) Interpretación de las prohibiciones. La Constitución contiene un número extenso de prohibiciones tanto para autoridades como para particulares. Tratándose de prohibición a particulares, la interpretación debe ser limitada a lo expresamente previsto; tratándose de autoridades, cabe darle a la prohibición una interpretación amplia. O) Interpretación con base en el principio de jerarquía. Con el fin de evitar conflictos institucionales, cunado entre dos entes exista una relación de jerarquía, un superior y un inferior, y una facultad pueda der ejercida por ambos, debe optarse porque esta sea ejercida por el superior, salvo que él decline su conocimiento. Arteaga Nava Elisur. *Tratado de Derecho Constitucional*, vol. 1. México, Oxford University Press, 1999. pp. 44 y ss.

[30] Bobbio Norberto. *Teoría gneral del Derecho*. Sexta reimpresión. Madrid. Editorial Debate, S.A. 1999. p. 204. El autor nos dice que son tres las reglas fundamentales para resolver antinomias, a saber: a) criterio cronológico, b) criterio jerárquico y c) criterio de especialidad. El criterio cronológico, denominado también de la *Lex posterior*, es aquel según el cual, entre dos normas incompatibles, prevalece la posterior. *Lex posterior derogat priori*. La regla contraria obstaculizaría el progreso jurídico y la gradual adaptación del derecho a las exigencias sociales. El criterio jerárquico, denominado también de la *Lex superior*, es aquel según el cual, de dos normas incompatibles, prevalece la norma jerárquicamente superior: *Lex superior derogat inferiori*. Esta regla, evidentemente no opera para la solución de conflictos entre normas secundarias, es decir, cuando la antinomia se presenta entre preceptos secundarios de la misma jerarquía, por razones evidentes. De acuerdo con el tercer criterio, el de la *Lex specialis*, de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o exepcional), prevalece la segunda: *Lex specialis derogat generali*. La razón del criterio es clara; se sustrae de una norma, una parte para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria). El paso de una regla más amplia (que abarque un cierto *genus*) a una regla derogatoria menos amplia,

El citado jurista, apunta certeramente que los criterios: a) cronológico, denominado también de *la lex posterior*, b) Jerárquico o de *la lex superior* y c) de especialidad o de *la Lex specialis*, son insuficientes para resolver los conflictos. "puede darse el caso en el cual se produce una antinomia entre dos normas: 1. Contemporáneas. 2. En el mismo nivel y 3. Ambas generales. Se comprende que en estos casos los tres criterios no podrían ayudar. El caso, que es más frecuente de lo que se puede imaginar, corresponde a la situación de dos normas generales en el mismo código. A continuación se pregunta ¿existe un cuarto criterio para resolver las antinomias de este tipo? Por <existe> debemos entender un criterio válido, o sea, un criterio reconocido como vinculante para el intérprete, ya sea por ser razonable o por su dilatado e indiscutible uso. Debemos responder que no. El único criterio…es el de la forma de la norma.

Según la forma, las normas pueden ser imperativas, prohibitivas y permisivas. Además, dos normas incompatibles son diferentes en cuanto a la forma: si una es imperativa, la otra es prohibitiva o permisiva.[31] A continuación, transcribimos un par de párrafos sustanciales de la obra de Bobbio, que complementan estas ideas de interpretación de conformidad con la forma de las normas:

> El criterio respecto a la forma consistiría en establecer un grado de prevalencia entre las tres formas de la norma jurídica, por ejemplo, de este modo: si de dos normas incompatibles una es imperativa o prohibitiva y la otra es permisiva, prevalece la permisiva. Este criterio parece razonable y corresponde a uno de los cánones interpretativos seguidos más frecuentemente por los juristas, esto es, el de dar prevalencia, en caso de ambigüedad o incertidumbre en la interpretación de un texto, a la interpretación favorable, antes que a la odiosa.
>
> En líneas generales, si se entiende por lex favorabilis aquella que concede una determinada libertad (facultad o derecho subjetivo) y por Lex odiosa aquella que impone una obligación (seguida de sanción), no hay duda que una lex permisiva es favorabilis, y una lex

(que abarca una *species* del *genus*) corresponde a una exigencia fundamental de justicia, entendida con igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría. (*Ibídem*. pp. 206 y 207).

[31] *Ibidem.* p. 208.

> imperativa es odiosa…El verdadero problema que encuentra más tarde el intérprete no es el de hacer valer la norma permisiva sobre la imperativa o viceversa, sino la de establecer a cuál de los dos sujetos de la relación jurídica es más justo proteger, esto es, cuál de los dos intereses en conflicto es justo hacer prevalecer, y en esta decisión la diferencia formal entre las normas no ofrece la más mínima ayuda.[32]

En relación al tema concreto de la prescripción adquisitiva, estamos auténticamente en ante un conflicto normativo total-total, puesto que la antinomia se presenta, en relación a preceptos de la misma jerarquía, emanados de un mismo órgano legislativo, en el entendido de que, por estar las normas insertas en el mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito personal, material, temporal y espacial de validez.

En este orden de razones, el paso siguiente es interpretar la codificación de manera armónica y decidir cuál de las reglas que se contienen en el ordenamiento debe inaplicarse, porque al apoyarse en una, se desobedece necesariamente a la otra.

8. Conflicto normativo del Código Civil del estado de Guanajuato

Al adaptar las anteriores ideas al caso que nos ocupa, tenemos que el juzgador ordinario, cuando le es sometida a su jurisdicción una demanda donde se ejerza la acción de prescripción adquisitiva de mala fe, debe aplicar al caso concreto las normas provenientes del Código Civil del estado de Guanajuato, empero, de inicio encontrará que 1) las normas provienen de la misma legislación o mejor: tienen el mismo ámbito de aplicación en todos los sentidos. 2) los preceptos legales en que debe apoyarse para solucionar el litigio y determinar si opera o no la acción incoada, se encuentran en franca contradicción y 3) debe decidir cuál o cuáles de tales preceptos deben ser inaplicados.

[32] *Ibidem*. pp. 208 y 209.

Para mejor intelección del problema, conviene tener presente la literalidad de los preceptos que, en un momento dado entran en conflicto y son los que se insertan:

> Artículo 1246. La posesión necesaria para prescribir debe ser:
> I. Civil en los términos de la parte final del artículo 1039;
> II. Pacífica;
> III. Continua;
> IV. Pública.
>
> Artículo 1247. Con los requisitos a que se refiere el artículo anterior los bienes inmuebles se prescriben:
> I. En cinco años cuando se poseen con justo título y con buena fe;
> II. En diez años cuando se poseen con justo título y de mala fe.
>
> Artículo 1248. Los bienes inmuebles prescribirán también en veinte años aun cuando la posesión sea sin justo título y de mala fe, siempre que sea civil, pacífica, continua y pública. No operará esta causa de prescripción si el hecho que dio origen a la posesión, hubiere sido declarado delito por sentencia ejecutoria.
>
> Artículo 1250. El que alega la prescripción debe probar la existencia del título en que funda su derecho, salvo lo dispuesto en el artículo 1248.
>
> Art.1074 "sólo la posesión que se adquiere a título de dueño de la cosa o derecho poseídos, y se disfruta con ese fundamento, puede producir la prescripción adquisitiva".
>
> Art. 1071.- Posesión pacífica es la que se adquiere sin violencia.

La contradicción de normas se presenta por lo siguiente: De una parte, la codificación que comentamos (artículo 1246), define que la posesión necesaria para prescribir debe ser cualificada; entre otros requisitos exige que sea civil y pacífica. La posesión civil, debe serlo en los términos de la parte final del artículo 1039, del mismo ordenamiento, el cual, según advertimos, preceptúa que quien posee a título de propietario, tiene una

posesión civil. El diverso numeral 1074, señala que "sólo la posesión que se adquiere a título de dueño de la cosa o derecho poseídos, y se disfruta con ese fundamento, puede producir la prescripción adquisitiva". En concordancia con el anterior precepto, el artículo 1250, establece la regla general de que todo aquél que alegue la prescripción positiva, debe probar el título u origen de la posesión. Por el contrario, el artículo 1250, de la propia legislación, indica que no está obligado a probar la existencia del título quien alega la prescripción adquisitiva de mala fe, en términos del numeral 1248, antes inserto.

Así, el conflicto entre los dispositivos es patente: por una parte, se exige, para procedencia específica de la acción de prescripción positiva de mala fe, la prueba de que se posee a título de propietario, (agregaríamos nosotros, aun y cuando fuese defectuoso) pero después se afirma que no se debe exigir la prueba del título[33] en que funda su derecho.

La otra contradicción la encontramos en la nota de pacificidad. El artículo 1071 del Código Civil del estado de Guanajuato, apenas inserto, preceptúa que la posesión pacífica es la que se adquiere sin violencia.

En este entendido, advertimos que aun para los casos en que se alegue la prescripción de mala fe, es necesario que la posesión sea pacífica, esto es: que el acto en el que se entró a poseer no haya sido con violencia, pero si se dispensa primero, que se revele en la demanda y después que se pruebe en juicio cual fue ese acto, la pregunta obligada sería: ¿Cómo puede el juzgador saberlo, si la ley contradictoriamente excluye la obligación de probar el título, que equivale a decir el acto por el que se entró a poseer?

En resumen, o bien eliminamos el requisito de que la posesión debe ser pacífica o bien, exigimos que se pruebe el acto por el que se inició la posesión.

Desde diverso ángulo, tenemos que la contradicción normativa más patente, se encuentra entre lo expresamente señalado, en el precepto 1074, cuyo texto nuevamente reproducimos: "sólo la posesión que se adquiere a título de dueño de la cosa o derecho poseídos, y se disfruta con ese fundamento, puede producir la prescripción adquisitiva". De esta suerte, no hay posibilidad de conciliar esta disposición con el numeral 1248, en

[33] Aquí conviene recordar que por "título" se entiende el hecho generador de la posesión.

relación con el 1250, todos del Código Civil guanajuatense, que dispensa la prueba del título por el cual se entró a poseer.

La contradicción que desemboca en un conflicto normativo es evidente.

Por último, tenemos que el Código Civil de la entidad, indica en el párrafo *in fine* de su artículo 1248, que: "No operará esta causa de prescripción si el hecho que dio origen a la posesión, hubiere sido declarado delito por sentencia ejecutoria".

Nuevamente encontramos que los preceptos chocan entre sí. Ciertamente, si se elimina de la *litis* el tema del origen de la posesión, tampoco se enterará el juez si la ocupación de donde arranca la posesión, fue o no delictiva, a menos de que aparezca algún dato que fortuitamente haya arribado al expediente en ese sentido o se alegue por el demandado, quien no siempre estará enterado del cómo y del porqué se posesionó el actor del bien, pero en estos supuestos siempre se limitará al actor en su defensa.

9. La interpretación contenida en la Jurisprudencia 1ª./J.19/2007

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió en sesión de 18 de octubre de 2006, la tesis de jurisprudencia número 1ª./J.19/2007 que es del rubro y texto siguientes:

> PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE INMUEBLES CUYA POSESIÓN SEA POR MÁS DE VEINTE AÑOS, PARA QUE PROCEDA, NO ES NECESARIO ACREDITAR UN JUSTO TÍTULO NI LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO).- De los artículos 1037, 1039, 1044, 1054, 1055, 1074, 1246, 1248, 1250 y 1251 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, se desprende que la regla general para que opere la prescripción de bienes inmuebles en la Entidad, se requiere que la posesión sea civil, pacífica, continua y pública, y con base en estos elementos, prescribirán, en cinco años cuando se posean con justo título y con buena fe y en diez años cuando se posean con justo título y de mala fe, y toda vez que la posesión civil es aquella que se tiene a título de propietario, debe acreditarse la causa generadora o el justo título que legitime esa posesión. Sin embargo, esta regla no aplica en su totalidad, tratándo-

> se de aquellos inmuebles cuya posesión sea por más de veinte años, porque en estos casos, el Código Civil Estatal, no exige que deba demostrarse o acreditarse un justo título ni la causa generadora de la posesión; por lo que para usucapir este tipo de bienes, basta con que la posesión se ejerza a nombre propio, como dueño, esto es, que no se posea precariamente o a nombre de otro, mediante la exteriorización del dominio sobre el inmueble a través de la ejecución de actos que revelen que el poseedor es el dominador, el que manda en él y lo disfruta para sí, como dueño en sentido económico, para hacer suya la propiedad desde el punto de vista de los hechos, para tener por acreditado que dicho bien se posee de manera civil, sin que sea menester acreditar un justo título ni la causa generadora de la posesión, además de demostrarse que ha sido pacífica, continua y pública.[34]

A continuación, se insertan algunos párrafos sobresalientes del documento que contiene la resolución de la que derivó la jurisprudencia anterior, la cual en la parte que interesa se dijo:

> …de acuerdo con los plazos para prescribir, se tiene entonces que los bienes inmuebles;
>
> a) Prescribirán en cinco años cuando el poseedor haya adquirido el dominio de la posesión, a través de un acto o hecho jurídico suficiente para darle derecho a poseer a título de dueño (justo título) y el poseedor, venga detentando la posesión ignorando que su título contiene algún vicio (buena fe);
> b) Prescribirán en diez años, cuando el poseedor entra a la posesión con base en un título sabiendo que éste es insuficiente o nulo para poseer o no tiene fundamento para tenerlo;
> c) Prescribirán en veinte años, cuando el poseedor tenga la posesión del inmueble sabiendo que carece de título alguno que le da el derecho a poseer, esto es, aun cuando no exista algún hecho o causa traslativa de dominio.

[34] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Tomo XXV, abril de 2007. Primera Sala, Materia Civil. Tesis: 1a./J.19/2007. Novena época. p. 312.

Lógicamente que en todos estos supuestos, la posesión debe ser civil, esto es, haberse poseído, en concepto de dueño o propietario, pacífica, continua y pública.

Sin embargo, únicamente tratándose de los dos primero supuestos, esto es, cuando la prescripción opera respecto de bienes inmuebles cuya posesión sea por cinco y diez años, se debe acreditar la existencia de la causa generadora de la posesión, pues cuando la posesión sea por más de veinte, no es necesario acreditar tales extremos, según se desprende de lo dispuesto por el artículo 1250.

De lo antes expuesto se desprende, que la regla general para que opere la prescripción de bienes inmuebles en el estado de Guanajuato, se requiere que la posesión sea civil, pacífica, continua y pública, y con base en estos elementos, prescribirán en cinco años cuando se posean con justo título y con buena fe y en diez años cuando se posean con justo título y de mala fe, y toda vez que la posesión civil es aquella que se posee a título de propietario, debe acreditarse la causa generadora de la posesión, o bien, el justo título que legitime esa posesión, esto es, que legitime al poseedor para comportarse ostensible y objetivamente como propietario y diferenciarla de una posesión derivada o precaria.

Sin embargo, esta regla no aplica en su totalidad, tratándose de aquellos inmuebles a que se refiere el artículo 1248 del Código Civil del estado de Guanajuato, esto es, cuya posesión sea por más de veinte años, porque en este tipo de posesión, no es menester que se acredite un justo título ni la causa generadora de la posesión.

Lo anterior es así, porque el propio numeral establece claramente que estos bienes prescribirán aun cuando la posesión sea sin justo título y de mala fe, y el hecho que se condicione a que dicha posesión debe ser civil, no indica que se deba demostrar o acreditar la causa generadora de la posesión, porque la ley, en estos casos, no exige tal extremo, como se desprende del artículo 1250 del propio Código Civil del estado de Guanajuato, cuyo texto señala: El que alega la prescripción debe probar la existencia del título en que funda su derecho, salvo lo dispuesto en el artículo 1248 .

De lo que se concluye entonces, que para usucapir un bien inmueble cuya posesión sea por más de veinte años, basta con que la

> posesión se ejerza a nombre propio, como dueño, esto es, que no se posea precariamente o a nombre de otro, mediante la exteriorización del dominio sobre el inmueble, a través de la ejecución de actos que revelen que el poseedor es el dominador, el que manda en él y lo disfruta para sí, como dueño en sentido económico, para hacer suya la propiedad desde el punto de vista de los hechos para tener por acreditado que dicho bien se posee de manera civil, sin que sea menester acreditar un justo título ni la causa generadora de la posesión, además de demostrarse que ha sido pacífica, continua y pública, con la particularidad de que no operará la prescripción si el hecho que dio origen a la posesión, hubiere sido declarado delito por sentencia ejecutoria…" (Lo resaltado es nuestro).

De la lectura a la tesis inserta, así como de la transcripción de la parte considerativa de la resolución a la contradicción de tesis que comentamos, podemos colegir, sin duda de ningún género, que la Primera Sala del Máximo Tribunal de la Nación, realizó una interpretación gramatical del precepto 1250, del Código en comento, pero no hizo ningún comparativo con lo dispuesto en el resto de los numerales, esto es: inadvirtió el conflicto normativo o al menos no aludió ni hizo referencia alguna al respecto. Se limitó a precisar de manera dogmática que para declarar que ha operado la usucapión, sencillamente basta con demostrar el comportamiento del actor como dueño en sentido económico sobre el bien que pretende prescribir, sin necesidad de probar el acto por el que se entró a poseer (título) para, a renglón seguido señalar, en forma por demás contradictoria, que debe demostrarse que la posesión "ha sido pacífica, continua y pública, con la particularidad de que no operará la prescripción si el hecho que dio origen a la posesión, hubiere sido declarado delito por sentencia ejecutoria…"

En síntesis, habremos de insistir en que la Sala inadvirtió la existencia del conflicto normativo y simplemente se limitó a ponderar la letra del artículo 1250, del Código Civil guanajuatense, que en sí es fuente de la antinomia, para sostener la dispensa de la prueba del título, o sea del acto por el que entró a poseer.

A continuación expresaremos nuestro punto de vista de cómo se debe resolver el conflicto jurídico, cuyo estudio es objeto de este apartado;

empero, se impone recordar que toda regla de interpretación, parte de la base de que todas las normas, se enmarcan dentro de un sistema jurídico que constituye un todo.[35]

[35] En esta tesitura insistimos en que para armonizar las disposiciones, es necesario ubicarlas dentro de un cuerpo normativo coherente, *hermenéutico,* rígido por lo que se ha dado en llamar *dogmática jurídica* y en este contexto, se impone acotar que por dogmática jurídica debe entenderse el conjunto de principios que se sustraen de un determinado cuerpo normativo o de un sistema jurídico; de ahí que junto a la filosofía del derecho, una de las herramientas fundamentales de la propia ciencia del derecho sea la hermenéutica jurídica, entendida ésta como el entendimiento y comprensión de un texto jurídico.(*Cfr.* Trueba Olivares, Eugenio, *La Interpretación de la Ley.* México, Facultad de Derecho Departamento de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Guanajuato, 1989, p. 39).

Incluso la jurisprudencia, que debe ser respetada, debe su obligatoriedad y carácter vinculatorio precisamente a la propia Constitución Política del País y a la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales que facultan al Poder Judicial de la Federación para *crear jurisprudencia*. De esta suerte, la interpretación que de ella emana, no escapa a los principios propios de la hermenéutica jurídica, es decir, solamente desentraña el alcance, extremos, requisitos o connotaciones de los supuestos de facto y jurídicos consignados en la ley, pero en países donde el derecho es escrito, de ninguna manera puede considerarse como un proceso legislativo, por mucho de que se amplíe, restrinja o colme el texto legal, pues el proceso de interpretación es llevado a cabo por un órgano del Estado que no cuenta con esas facultades y no se encuentra precedido del procedimiento formal que el acto soberano de creación que la ley requiere (*Cfr.* Trueba Olivares, *Ob. Cit.*, pp. 49 y 50). De ahí la importancia de sostener que el límite de la interpretación por parte de los jueces, es la ley misma, como aseveramos en apartados anteriores.

En este orden de pensamiento, resulta erróneo sin discusión alguna, hacer extensiva la interpretación de cierta ley a una norma sustancialmente diversa, sustentándose para ello en la similitud de las figura que regulan; por ello la jurisprudencia resulta aplicable sólo en la medida de que la legislación interpretada en ella sea de igual redacción y contenido (de tradición románica). aquí debemos precisar que tras el proceso de formación de la ley, siempre existe un precedente, dogmático, es decir el proceso de formación no es ciego, sino que el legislador recepta una u otra postura teórica que incluso se llega a citar en la exposición de motivos, de ahí que el criterio asumido en la jurisprudencia al interpretar una norma solamente puede ser invocado para la ley aplicable en el asunto del cual deriva la tesis, o bien, para una legislación distinta, pero siempre y cuando la posición teórica asumida en ese proceso legislativo sea la misma que la receptada en la norma interpretada por la jurisprudencia. En ese contexto, igualmente inexacto resulta interpretar un determinado dispositivo legal impostando una orientación teórica no acogida por el legislador al emitir la ley (*Cfr.* Recasens Siches, Luis. *Ob. Cit.*, p. 235). Por último, diremos con Bobbio Norberto. que ha de aplicarse la norma más benéfica, antes que la más odiosa.

10. Nuestra opinión, relativa a conflicto normativo de la legislación de Estado de Guanajuato

Nuestra postura, parte de que no hay duda de que la Primera Sala del Máximo Tribunal, interpretó los dispositivos legales desde un punto de vista meramente gramatical; sin embargo, estamos convencidos de que se debió efectuar una interpretación diversa del precepto, relacionándolo con el resto de los artículos del Código, a fin de armonizarlos y concluir que la salvedad a que alude el numeral 1250, pugna con el resto de los preceptos, de modo que no es posible dispensar la prueba del título por el cual se posee. Postura contrastante e irreconciliable con la consideración sustento de la tesis del Máximo Tribunal de la Nación, en el sentido de que no es necesario probar la causa generadora de la posesión.

Es cierto que de la letra de los artículos 1248 y 1250, del Código Civil del estado de Guanajuato, se desprende que cuando se ejercita la acción de prescripción adquisitiva, se establece como regla general, el que se pruebe el título por el que se entró a poseer y como excepción, se dispensa de tal requisito a quien demande la usucapión con sustento en que se ha poseído el inmueble por más de veinte años.

En este entendido, si aceptamos una interpretación letrística de los preceptos invocados, especialmente del arábigo 1250, tendremos que, indudablemente, y por así señalarse en la ley, no le es exigido para aquel quien ejerce la acción de prescripción adquisitiva de mala fe, la prueba del acto jurídico por el cual entró a poseer, en decir de su título. No obstante lo anterior, la propia codificación en el precepto 1248, sí exige que la posesión sea civil, o sea a título de dominio; pacífica: que se haya adquirido sin violencia (artículo 1070); continua, es decir, sin interrupciones; pública, no clandestina (artículos y 1072 y 1265); cierta, además de que el artículo 1074, enfáticamente señala que sólo la posesión ejercida a título de dueño es apta para prescribir. Empero, para estar en condiciones de saber si se cumplen los requisitos de ley, se debe partir de la base de que el juzgador conoce el origen de la posesión, como lo demostraremos.

Primer argumento. Sobre la legitimación en la causa

Sólo puede obtener sentencia favorable quien tiene legitimación en la causa. De este modo, si sólo tiene legitimación en la causa quien pruebe todos los elementos de la acción prescriptiva, entre los que se encuentran el que el actor cuente con la posesión civil y que la misma se haya iniciado sin violencia, el demandante debe acreditar su título.

En cuanto al Derecho Positivo, encontramos que para iniciar un procedimiento judicial, es indispensable la instancia de parte legítima y que sólo puede intervenir en ellos quien tenga Interés en el negocio (artículos 1º y 2º, del Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato). En consecuencia, para que proceda cualquier acción, toda persona que presente una demanda, debe justificar su legitimación procesal activa y debe cubrir quien la incoa, los requisitos imbíbitos de la acción ejercida.

Esto, en relación a la acción de usucapión equivale a decir: quien no cumpla con los siete requisitos que luego se precisan, carecerá de legitimación en la causa y nunca podrá aspirar a obtener fallo favorable, si se tiene en cuenta que la extinta Tercera Sala, precisó que: 1. Por legitimación procesal activa se entiende la potestad de acudir al órgano jurisdiccional con la petición legal de que se inicie la tramitación del juicio; 2. La legitimación *ad procesum,* se produce cuando el derecho que se cuestionará en el juicio es ejercitado por quien tiene aptitud para hacerlo valer (el titular, por propio derecho, el albacea, apoderado legal, etc). 3. La legitimación *ad causam*, implica tener la titularidad de ese derecho cuestionado en el juicio, así: la legitimación *ad procesum*, es requisito para la procedencia del juicio, mientras que la legitimación *ad causam*, es necesaria para que se pronuncie sentencia favorable. Estas ideas se contienen en la tesis del rubro: "Legitimación procesal activa. Concepto".[36]

Antes de enumerar los requisitos de la acción, cabe destacar que es impensable la adquisición de la posesión, sin que exista algún hecho o acto jurídico mediante el cual se inicie, pues aun quienes despojan, usurpan o simplemente ocupan sin justificación alguna, realizan un acto: la

[36] Publicada en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*. Fallos 1917-1985. Tesis relacionada a la de jurisprudencia núm. 177. Octava parte, jurisprudencia común al Pleno y a las Salas. p. 294.

ocupación, al que la ley otorga consecuencias jurídicas. Este acto, constituye el título.

En otras palabras: todo poseedor, siempre e inexcusablemente posee a título de algo, sea precario, derivado u originario. En esta tesitura, es obligada la conclusión de que, para saber si la posesión es civil y pacífica, así como que no proviene de un hecho delictuoso que a la postre se hubiere sancionado con una sentencia condenatoria firme, es necesario conocer y probar el título, es decir el origen de la posesión.

En este tenor, encontramos que para el ejercicio de la acción de prescripción adquisitiva, los requisitos a cubrir por todo aquel quien aspire a que se le declare dueño de un bien por usucapión, debe introducir a la *litis* y probar:

1.- El actor es poseedor del bien. 2.- Lo retiene a título de propietario (poseedor civil) y esto implica que lo ha poseído conduciéndose como dueño o si se quiere emplear la terminología de Ihering, diríamos que se ha conducido como dueño en sentido económico. 3.- Su posesión ha sido sin vicios, es decir, pacífica. 4.- Es continua. 5.- Es pública. 6.- Es cierta y 7.- Han transcurrido: cinco años cuando se ha poseído con justo título y con buena fe; diez años cuando se ha poseído con justo título y de mala fe (artículo 1247) y veinte años aun cuando la posesión ha sido sin justo título y de mala fe (artículo 1248). El último de los preceptos añade que operará la figura prescriptiva sin justo título y de mala fe, siempre que haya sido civil, pacífica, continua y pública. Establece también una excepción: "No operará esta causa de prescripción si el hecho que dio origen a la posesión, hubiere sido declarado delito por sentencia ejecutoria".

1.- En cuanto al punto que se refiere a la legitimación activa en la causa, debe expresarse en la demanda y probarse, el hecho material de la detentación (*naturalis Possessio*) o en su caso, que conserva el dominio por haber trasmitido el bien a un poseedor derivado. No es factible que resulte procedente la acción intentada, ni por un simple detentador ni por un poseedor derivado, por ejemplo, cuando se trate de un arrendador, un comodatario, etc.

Al respecto conviene aclarar que en tales casos, en que se retiene la posesión jurídica, será procedente la acción, si quien la ejerce es la persona que lo hubiere arrendado, dado en comodato o a cualquier otro título semejante de los permitidos por la ley, en el momento de la presentación de la demanda, pero con la condición de que se ostente como propietario

y, por ello, conserve la posesión del bien a título de dominio, aun cuando el arrendatario, el comodatario, etcétera, sea quien ocupe materialmente el inmueble en cuestión, pues en estos casos se estima, el actor fue quien celebró el contrato precisamente en ejecución de actos dominicales.

2.- En lo concerniente al segundo de los requisitos, destacamos que es el punto álgido de la problemática de que trata este trabajo, porque se refiere a la posesión civil. Esto implica que no ha de tratarse de un mero detentador, de un simple servidor de la posesión, para utilizar el lenguaje de Wolf;[37] o sea, deben reunirse en el actor, los elementos del *corpus* y del *animus*. También es necesario, como ya dijimos, que no se trate de un poseedor derivado puesto que este tipo de posesión no lleva imbíbito el dominio.

Por lo demás y a fin de que tanto el juez como las otras partes en el litigio estén en aptitud de conocer si se trata o no de un poseedor civil, es indispensable que se revele el título por el cual se adquirió, en términos del artículo 1055, de la codificación guanajuatense, que dice: "se entiende por título la causa generadora de la posesión". Ignorar cuál es la causa generadora de la posesión, es tanto como ignorar si se trata o no de un poseedor civil, originario, pues pudiera ser un mero detentador o un poseedor derivado.

Aquí, se debe advertir que en la ejecutoria que contiene la jurisprudencia 1ª./J.19/2007, de la Primera Sala, del más Alto Tribunal de la Nación y que interpreta el artículo 1248, de referencia, emplea la expresión: "para los casos en que se alegue la prescripción de mala fe, se debe probar que se ha poseído *conduciéndose como dueño en sentido económico"*. Lo que a nuestro entender, implica que se debe revelar y probar, (contra la conclusión a la que se arribó en la tesis) al menos, el título adquisitivo; de otro modo no es posible saber si se trata de un verdadero dominador o dueño en sentido económico, por la razón de que en apariencia, un poseedor derivado, verbigracia un arrendador, ante el universo de las personas, puede conducirse como lo haría un propietario, como, también en vía ejemplificativa, hacer mejoras al inmueble, quizá a cuenta de la renta.

3.- En este punto, referimos que la ley exige como nota de la posesión, que sea pacífica, es decir, se haya adquirido sin violencia (artículo

[37] Ver capítulo segundo, *Supra* 2. Subtítulo: simple poseedor.

1070). De lo anterior se sigue que si no es indispensable revelar la época y origen de la ocupación del bien que se quiere usucapir, la interrogante será ¿Cómo es posible saber si se entró a poseer o no con violencia? La respuesta obligada, es que debe introducirse al litigio el hecho generador de la posesión.[38]

4.- El precepto en comento, puntualiza que la posesión sea continua, es decir sin interrupciones, para lo cual nos remitimos al capítulo tercero de este trabajo, pero en la demanda, se debe hacer referencia a este elemento de la acción.[39]

5.- Es requisito esencial el que la posesión sea pública, que no se actualice el vicio de la clandestinidad, de la ocultación, de tal suerte, es este uno de los elemento más destacados para que opere la prescripción adquisitiva, (artículos 1072 y 1265), en el entendido de que en el capítulo tercero se aborda exhaustivamente el tema; de esta suerte, al igual que como lo señalamos en el párrafo anterior, el actor debe introducir al litigio estas circunstancias.[40]

6.- El que la posesión sea cierta, equivale a eliminar el vicio de la equivocidad; se debe tener certeza de la calidad de la posesión, que no se trata de una posesión dudosa, respecto al concepto por el cual se tiene. Así, puntualmente se debe precisar la razón y el porqué de la posesión a título de dueño; además de la ubicación del inmueble que se pretende usucapir, es decir ser precisos en su identificación.[41]

7.- Así llegamos a la parte de la periodicidad y el Código Civil de la Entidad Federativa, marca que deben transcurrir cinco años para los poseedores que cuenten con justo título sea de buena fe; de diez años para los poseedores de buena fe, pero sin justo título (artículo 1247) y –lo que es el centro de nuestra tesis- de veinte años para los poseedores que sin justo título y de mala fe.

En conclusión: quien no cumpla con los siete requisitos antes desglosados, carecerá de legitimación procesal y no podrá aspirar siquiera, a obtener fallo favorable, si se tiene en cuenta que la extinta Tercera Sala, precisó ya que la legitimación *ad causam* implica tener la titularidad del

38 Sobre las notas de pacificidad y del vicio de la violencia, ver capítulo tercero, *Supra* IV.

39 Sobre la nota de continuidad, ver capítulo tercero, *Supra* VII.

40 Sobre la posesión pública y el vicio de la clandestinidad, ver capítulo tercero, *Supra* X.

41 Sobre la posesión cierta, ver capítulo tercero, *Supra* XI.

derecho cuestionado en el juicio; así, la legitimación *ad causam*, constituye un requisito *sine qua non*, para que se pronuncie sentencia favorable. Estas ideas se contienen en la tesis del rubro: "Legitimación procesal activa. Concepto"[42] de la que ya se ha hecho mención.

Segundo argumento. La posesión y su nexo con el acto de su origen

Se pierde de vista que la naturaleza de la posesión está íntimamente ligada con el suceso o acto que le da origen, de ahí que deba revelarse su génesis.

Es dable traer a colación que la acción de prescripción positiva: (1) es una acción real; (2) necesariamente ha de encausarse contra quien aparezca en el registro público como propietario del inmueble[43] y en caso de que además de quien aparece en el registro, hubiere otro que sea realmente el propietario, sin que importe el hecho de que por alguna circunstancia no existiera coincidencia entre ambos, debe demandarse a los dos, como quedó probado en el capítulo tercero de este trabajo;[44] (3) presupone que ninguno de ellos celebró acto traslativo de dominio, con quien pretende prescribirlo, esto porque nadie puede prescribir contra su propio título, –tema que ya se dilucidó también en el capítulo tercero–.[45] En esa virtud, si no existe ningún vínculo jurídico previo entre las partes actora y demandada, se pone de manifiesto la necesidad de conocer el origen de la posesión.

Tercer argumento. Los vicios y el lapso prescriptivo

Se soslaya que los vicios en la posesión, pueden llegar a influir en la fecha a partir de la cual debe computarse el lapso prescriptivo, por ejemplo en el caso a que se refiere el artículo 1253, de la legislación civil para el Estado de Guanajuato, en que se computará el referido lapso prescriptivo a partir de que la violencia cese.

Cuarto argumento. La usucapión y la conducta delictiva

[42] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*. Fallos 1917-1985. Tesis relacionada a la de jurisprudencia núm. 177. Octava parte, jurisprudencia común al Pleno y a las Salas. p. 294.

[43] Así lo dispone el artículo 1252, del Código Civil para el estado de Guanajuato.

[44] Ver Capítulo tercero. *Supra* 2.

[45] Ver Capítulo tercero. *Supra* 4.

No se tiene en cuenta que en la entidad federativa multimencionada, al igual que en otras legislaciones, que contienen dispositivos semejantes a lo dispuesto en la última parte del numeral 1248, tantas veces invocado, que se refiere a la prescripción sin justo título y de mala fe, señala que la posesión que tiene un origen delictuoso, así declarado por sentencia ejecutoria, no puede prescribir jamás. Por ello se necesita saber el origen de la ocupación.

Quinto argumento. El momento histórico del lapso prescriptivo

Se elude que el inicio de la posesión debe situarse en un momento histórico determinado, pues sólo así es factible realizar el cómputo del plazo para que opere la prescripción. Una aproximación, en cuanto a la época, generaría un estado de indefensión a la parte demandada y el juez civil a quien correspondiera conocer del asunto, carecería de datos e información suficiente para fundar su fallo. Un argumento adicional, para sostener la postura de que es indispensable señalar la fecha y el hecho por el cual se entró a poseer, es que hay casos en que por un día, no se logra completar el lapso prescriptivo, tan es así que en el propio Código Civil de la entidad federativa (artículos del 1274 al 1278) se precisa el cómputo de los días y hasta se previene que cuando el último sea feriado, no se tendrá por completo el plazo.

Sexto argumento. La apariencia del buen derecho

No se advierte que existen situaciones de facto que en apariencia para la comunidad ponen de manifiesto una posesión civil (las personas sólo advierten lo que aprecian por los sentidos) pero en realidad son el reflejo de la relación de dependencia que el sujeto tiene con quien realmente es el poseedor civil, supuestos en los que el dependiente ni siquiera tiene la posesión apta para prescribir. Así, es factible que los testigos, puedan asegurar que el detentador ha realizado actos que aparentemente son los que corresponden a un poseedor civil, por ejemplo que ha arrendado (cuando en realidad se trate de un subarrendamiento), o cuando ha realizado mejoras al inmueble, pero que un poseedor derivado, está facultado para hacer. Citemos por caso a quien se le entregó el inmueble a virtud de un con-

trato de comodato, pero sucede que el comodatario está incluso obligado a poner toda diligencia en la conservación de la cosa y es responsable del deterioro que haya sufrido por su culpa, como lo señala el artículo 2010 de la codificación civil sustantiva del estado de Guanajuato, o simplemente porque así lo hubiere acordado el comodante, poseedor originario, con el comodatario, poseedor derivado.

Aquí, conviene decir que la prueba idónea para acreditar la posesión es la testimonial, cuestión que ha sido definida tanto el Máximo Tribunal de la Nación, como por los Tribunales Colegiados de circuito, en las tesis siguientes:

> POSESIÓN. LA PRUEBA IDÓNEA PARA ACREDITARLA ES LA TESTIMONIAL
>
> La prueba idónea para acreditar el hecho de la posesión en materia agraria es la testimonial, según lo ha sostenido esta Segunda Sala.[46]

> POSESIÓN. LA PRUEBA TESTIMONIAL ES LA IDÓNEA PARA ACREDITARLA
>
> La testimonial adminiculada con otros medios de prueba, es la idónea para demostrar la posesión material de un inmueble, porque son los testigos quienes mediante sus sentidos han percibido la realidad del caso concreto de que se trate y pueden informar acerca de los hechos que les consten y de ahí inferir bajo qué condición se detenta un inmueble.[47]

Séptimo argumento. La violencia y el título

[46] Nota: Esta tesis, constituye jurisprudencia, quedó registrada con el número 27 y es consultable en el Informe de Labores de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación que rindió su Presidente al finalizar el año de 1979. Publicación oficial. Segunda Parte, Segunda Sala, tesis 12, México, Mayo Ediciones S. de R. L. 1978. p. 27.

[47] *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Tesis de jurisprudencia I. 6º.C./J.18 Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo 83, noviembre de 1994. p. 43.

Se debe considerar la letra del artículo 1071, del Código Civil de la entidad, en comento, que define: "la posesión pacífica es la que se adquiere sin violencia"; de suerte tal que, al ser un elemento de la acción prevista en el diverso numeral 1248, el que la posesión sea pacífica, se debe revelar necesariamente el origen de la posesión. Además, el artículo 1253 de aquel mismo estatuto legal, dispone que en los casos en que la posesión se haya adquirido con violencia, el plazo se extenderá a veinte años, para los inmuebles, pero se computará a partir de que la violencia cese, de donde se sigue, que a efecto de conocer si la adquisición fue pacífica o que cesó la violencia, ineludiblemente ha de darse noticia del origen del poder de hecho que se despliega sobre el inmueble.

Con la dispensa del requisito de incluir en la *litis* el origen de la posesión, se deja en letra muerta el dispositivo 1235, del código multicitado y se desatiende a la situación de que una posesión precaria, derivada o la mera detentación no muta su naturaleza espontáneamente, sino que debe verificarse un acto o hecho para que cualquiera de aquellas cambie a ser una posesión civil. En los casos en que se inicie la posesión a título derivado, pero luego se verifique un acto jurídico por el que se adquiera la posesión a título de dominio, caso previsto en el artículo 1235 de la legislación que se comenta, de no expresar que acaeció un acto o hecho jurídico por el cual mutó la naturaleza de la posesión derivada a originaria y por lo mismo no se precise una fecha exacta a partir de cual debe iniciarse el cómputo de la posesión a título de dominio, se hace imposible saber desde cuando se tiene la posesión en concepto de dueño, por lo que al ser inconcebible que la posesión cambie espontáneamente su naturaleza, no se puede calificar que el demandante la tiene en concepto de dueño y sería improcedente la acción ejercitada por no señalar en la demanda al menos, la fecha en que cambió la naturaleza de la posesión. Tiene cabal aplicación la máxima acuñada por los romanos que reza: *Nemo ipse causam possessionis mutare potest*.[48] Además se deja en letra muerta lo dispuesto en el artículo 1235 del Código sustantivo que se transcribe:

> Art. 1235. Para los efectos del artículo 1074 y 1975, se dice legalmente cambiada la causa de la posesión, cuando el poseedor que no

[48] Ver capítulo IV, título IV, subtítulo 3. "Título y justo título."

> poseía a título de dueño comienza a poseer con ese carácter, y en tal caso la prescripción no corre, sino desde el día en que se haya cambiado la causa de la posesión.

Octavo argumento. La inseguridad jurídica

Como resultado de lo antes dicho, cabe señalar, que no se previó la inseguridad jurídica que acarrea en la realidad, la interpretación contraria a la receptada en la jurisprudencia XVI.2o.C.30. En efecto, un criterio adverso, en la medida en que se releva a los poseedores precarios o a los meros detentadores, de revelar y probar el título originario de su posesión, se facilita que posesiones no aptas para prescribir, les permita convertirse –literalmente– en propietarios, en demérito de quienes tiene ese carácter y que por circunstancias de orden interpretativo de la ley, se ven disminuidos en sus defensas, con el consiguiente riesgo de ser privados de sus derechos, en este caso el de propiedad.

Noveno argumento. La ley prohibitiva y la ley permisiva

Es factible, aunque poco probable, que haya quien insista en que, a pesar de que el sistema jurídico del Código Civil, lleve a la conclusión de que es necesaria la prueba del título, el conflicto normativo debe decidirse en sentido contrario y dispensar de la prueba en juicio, de su existencia. En tal tesitura, debemos entender que quien así piense, ha decidido que es más bondadoso otorgar la propiedad a quien ha detentado el bien, sin indagar si es o no un usurpado, un poseedor derivado o un simple ocupante, pero en estos casos, necesariamente deberá entenderse que es más odioso reconocer el derecho de propiedad al auténtico propietario. Nuestra opinión es en sentido inverso: es más odioso privar de la propiedad al verdadero propietario y, por ende, es esto más bondadoso (siguiendo la terminología de Bobbio), que declarar propietario a quien no ha sido capaz de demostrar en juicio el derecho que le asiste para usucapir, en términos del resto de los numerales que exigen la prueba del título. Por último estimamos,

actuará en desapego a la lógica deóntica,[49] quien decida aplicar el numeral 1250, tantas veces mencionado, pues la *lex favorabilis* es aquella que concede al propietario la facultad de gozar de su derecho de propiedad y la *lex odiosa*, es la que lo sanciona con la pérdida del derecho de propiedad, cuando ha abandonado el bien, de modo que para sancionarlo es preferible que se cumplan con todas las condiciones que las normas jurídicas imponen al demandante de la usucapión, antes que considerarlo exento de esas cargas probatorias. Por lo demás, a la pregunta de ¿a cuál de los dos sujetos de la relación jurídica es más justo proteger, esto es, cuál de los dos intereses en conflicto es justo hacer prevalecer, de entre quien pretende evitarse el perjuicio de perder su propiedad o bien favorecer a quien pretende beneficiarse con la usucapión? Nuestra respuesta, sin titubeo alguno, es en el sentido del demandado, que pretende evitarse la sanción de ser privado de su derecho de propiedad por quien no demuestra todos los requisitos exigidos por la ley para que opere la usucapión. Sostener lo contrario propicia abusos de personas sin escrúpulos y hace perder la seguridad jurídica, que es uno de los valores que busca el derecho.

Décimo argumento. La filiación doctrinaria del Código Civil

Desde el punto de vista doctrinario, habremos de decir que, en tratándose de la usucapión, el Código Civil para el estado de Guanajuato, es inconsistente al no receptar de manera clara y uniforme, los lineamientos de una sola de las corrientes, ni siquiera perfila matices eclécticos. Por una parte, en cuanto al tema específico de la posesión, en forma expresa, aseguró, al menos para su clasificación, no receptar la teoría clásica de Savigny, como se consigna en el párrafo siguiente de la exposición de motivos:

> …Se definió la posesión como el poder que se ejerce sobre una cosa mediante actos que corresponden al ejercicio de la propiedad; la posesión de un derecho consiste en gozar de él.

[49] Empleamos el término, en los parámetros que precisa Karla Huerta Ochoa, quien acota: "aquí se entiende la lógica deóntica en un sentido amplio, como la ciencia que se ocupa de los conceptos normativos de permisión, prohibición y obligación, de los usos normativos del lenguaje…" (Karla Huerta ,Ochoa. *Conflictos normativos*... p. 7.)

> De esto se infiere que la condición del poseedor no es igual a la del propietario, es decir que no concuerda totalmente con él sino en algunos casos. A diferencia de lo establecido en el Código Civil para el Distrito Federal que distingue la posesión en originaria y derivada, conceptos tomados de la teoría de Savigny, se distingue la posesión en civil y precaria, expresión ésta última usada por el Código Civil de 1870.[50]

Como se advierte, se dijo apartarse en algunos aspectos de la teoría clásica de Savigny, pero en la medida en que el Código Civil requiere para la usucapión de bienes de un justo título, exceptuando la posesión sin justo título y de mala fe, sin duda de ningún género, recepta la referida teoría clásica.[51]

Por otra parte, si tenemos en cuenta la doctrina jurídica de Ihering, encontramos que este jurista, justifica la tutela en el Derecho Positivo de la posesión, con un fundamento preponderantemente económico. Dice que el Derecho Positivo debe proteger la posesión porque es antecedente del derecho de propiedad.[52] El Código Civil, aparentemente pretendió acoger esta corriente doctrinaria, pero, en todo caso, lo hizo en forma defectuosa. Decimos, en principio, que aparentemente pretendió acoger la teoría objetiva, por no exigir revelar la causa generadora de la posesión y sólo probar que la posesión ha sido civil, pacífica y pública; empero, no utiliza vocablos tales como propietario en sentido económico (que lo identificaría con la teoría de Ihering) o de apropiación económica, (término clave para ligarlo a la teoría de Sailelles).

Empero, al margen de todo ello, hemos asegurado en el capítulo III, de este trabajo, que cualquier postura doctrinaria que se adopte, es necesario revelar el título, cuando no el justo título, en los casos donde se aduzca buena fe, pero por ningún motivo se debe estimar que la prescripción adquisitiva opere sin ningún título, de suerte que una postura así entendida,

[50] Exposición de motivos del proyecto del Código Civil para el estado de Guanajuato. Decreto núm. 94, *Anexo al Periódico Oficial del Gobierno del estado de Guanajuato,* núm. 39, correspondiente al 14 de mayo de 1967.

[51] En cuanto a las teorías jurídicas ver capítulo III, título X. "corrientes doctrinarias destacadas". Y subtítulos 1. Teoría Subjetiva. 2. Teoría Objetiva. 3. Teoría Ecléctica.

[52] Ver *Ibidem*.

no recepta ninguna de las corrientes doctrinarias, pues todas ellas, parten de que la posesión apta para usucapir, en su aspecto negativo, es la no derivada. Incluso la acepción dueño en sentido económico, implica ser tenedor a título de dominio, porque dueño, no da otra idea, sino la de que se posee como propietario.

Decimoprimer argumento. Incoherencias del Derecho Positivo

Es ineludible, desde cualquier ángulo que se quiera, destacar que a fin de hacer coherente el sistema jurídico y hacer prevaler el dispositivo 1250, y por ende, dispensar el requisito de que se revele y pruebe la causa generadora de la posesión, sería indispensable que quien demande la usucapión sin justo título y de mala fe, no hubiera de probar tampoco que es un poseedor civil, ni que entró a poseer sin violencia así como debería omitirse el requisito de que no hubiere sido condenado por despojo en sentencia ejecutoria, lo que francamente nos parece, invalidaría la figura misma de la prescripción adquisitiva, amén de que estimamos, no habría un autor serio que compartiese esta postura. Esto además, implicaría el estar en contra de la doctrina jurídica escrita desde la época de los romanos.

Decimosegundo argumento

Por último, queremos, más que esgrimir un argumento para sostener nuestro reiterado criterio, hacer notar que existe una presunción legal que opera para cualquiera de los lapsos prescriptivos que señala la legislación que comentamos, presunción que obliga a probar el origen de la posesión a título de dominio. La misma está prevista en el numeral 1075, del Código Civil para el estado de Guanajuato, de la siguiente literalidad:

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

El precepto inserto, es claro al disponer que en caso de haber un cambio en la naturaleza de la posesión, por ejemplo de la derivada a la originaria, es indispensable probar, sin excepción alguna, el acto jurídico por el cual ha

cambiado tal naturaleza de por la que se disfruta la posesión que se detente, porque se presupone que se sigue disfrutando en el mismo concepto por el que originalmente se entró en dominio del bien de que se trate.

Estamos en presencia de una presunción que la doctrina jurídica procesal, denomina como *juris tantum,* es decir que admite prueba en contrario. Así, tenemos que el precepto 223, del Código de procedimientos Civiles para la entidad federativa en cita, expresamente dispone que las presunciones legales que no admiten prueba en contrario (las conocidas como *jure et de jure*), tendrán pleno valor probatorio. En seguida agrega que: Las demás presunciones legales tendrán el mismo valor, mientras no sean destruidas.

En este contexto, no queda sino colegir que si por disposición de la ley, se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, cuando alguien ha entrado en el dominio de un bien a título derivado, como es el caso de nuestro ejemplo y según dijimos, con posterioridad, a la muerte del dueño quien le arrendaba, se sintió dueño y demandó la prescripción adquisitiva por haber poseído por más de veinte años, le operaba la presunción a que nos referimos y no debió, en consecuencia, admitirse en ningún momento que bastaba para que operar la usucapión el que demostrase haberse conducido como dueño en sentido económico. Esto porque era plenamente vigente la presunción de que siguió poseyendo por el mismo título de poseedor derivado. Como comentario fin al diremos que por desgracia, en los asuntos de este tipo, raras veces se aduce la existencia de esta presunción legal.

Criterio reiterado de la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El criterio de que, para acreditar la existencia de la posesión en concepto de propietario, es necesario demostrar la existencia de un título del que se derive la posesión, ha sido pondera por el Máximo tribunal del país, en diversas tesis y épocas. Como ejemplos, insertamos tesis provenientes o reiteradas en la quinta, sexta, octava y novena y última de las épocas en que desapareció la nombrada Tercera Sala.

PRESCRIPCIÓN POSITIVA SIN TÍTULO, EN EL ESTADO DE GUANAJUATO, ES ILEGAL. Los artículos 1079, 1080 y 1081 del Código Civil de dicho Estado, establecen como primer requisito para prescribir, que la posesión esté fundada en justo título, esto es, en aquél que sea o fundadamente se cree bastante para transferir el dominio, cuya existencia debe ser probada por quien alega la prescripción, pues si bien es cierto que todo hombre tiene a su favor la presunción de ser honrado mientras no se prueba lo contrario, el título no se presume y quien alega la prescripción tiene la obligación de probar que empezó a poseer como si fuera dueño, lo cual constituye propiamente la prueba de la legitimación del poseedor en el ejercicio de su posesión, pues no basta que éste se considere a sí mismo subjetivamente como propietario y afirme tener ese carácter, sino que es necesaria la prueba objetiva del origen de su posesión como es la existencia de un acto traslativo de dominio.[53]

PRESCRIPCIÓN POSITIVA. POSESIÓN SIN TÍTULO DE DOMINIO. Si el actor, al promover el juicio prescriptivo, no alude a la causa de su posesión, ni en el curso del juicio demuestra haber entrado a poseer en virtud de un título de dominio, no puede acreditar que se haya consumado a su favor la prescripción positiva, puesto que conforme a la fracción I del artículo1115, del Código Civil del Distrito Federal, la posesión necesaria para prescribir debe ser en concepto de propietario, y conforme al artículo 826 del propio ordenamiento, "sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción". Además, cuando no se revela la causa generadora de la posesión, ésta debe presumirse usurpada, y la prescripción comienza a correr hasta que haya prescrito la acción penal o hasta que se haya extinguido la pena correspondiente.[54]

[53] Informe de Labores de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación que rindió su Presidente al finalizar el año de 1960. Publicación oficial. Cuarta parte. Tercera Sala, tesis 12, México, Ediciones Mayo, 1960. p. 84. Amparo directo 67/59. Amaro Urroz José y coagraviada. 7 de marzo de 1960. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

[54] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*. Fallos 1917-1975. Tesis relacionada a la de jurisprudencia núm. 274. Cuarta parte. Tercera Sala. pp. 826 y 827.

PRESCRIPCIPCIÓN ADQUISITIVA. POSESIÓN EN CONCEPTO DE PROPIETARIO. La exigencia del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales y las legislaciones de los Estados de la República que contienen disposiciones iguales, de poseer en concepto de propietario para poder adquirir por prescripción, comprende no sólo los casos de buena fe, sino también el caso de posesión de mala fe, por lo que no basta la simple intención de poseer como dueño, sino que es necesario probar la ejecución de actos o hechos, susceptibles de ser apreciados por los sentidos, que de manera indiscutible y objetiva, demuestren que el poseedor es el dominador de la cosa, el que manda en ella y la disfruta para sí, como dueño en sentido económico, aun cuando carezca de título legítimo, frente a todo el mundo, y siempre que haya comenzado a poseer en virtud de una causa diversa de la que origina la posesión derivada.[55]

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. NECESIDAD DE REVELAR LA CAUSA DE LA POSESIÓN. El actor en un juicio de prescripción positiva, debe revelar la causa de su posesión, aun en el caso del poseedor de mal fe, porque es necesario que el juzgador conozca el hecho o acto generador de la misma, para poder determinar la calidad de la posesión, si es en concepto de propietario, originaria o derivada, de buena o mala fe y para precisar el momento en que debe empezar a contar el plazo de la prescripción.[56]

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. PARA QUE SE ENTIENDA SATISFECHO EL REQUISITO DE LA EXISTENCIA DE LA "POSESIÓN EN CONCEPTO DE PROPIETARIO, EXIGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y POR LAS DIVERSAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA QUE CONTIENEN DISPOSICIONES IGUALES, ES NECESARIO DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE UN TÍTULO DEL QUE SE DERIVE LA POSESIÓN. De acuerdo con lo establecido por los artículos 826, 1151, fracción I, y 1152, del Código

[55] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*. Fallos 1917-1975. Tesis de jurisprudencia (por reiteración) número 274. Cuarta parte, Tercera Sala. pp. 824 y 825.

[56] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*. Fallos 1917-1975. Tesis de jurisprudencia (por reiteración) número 272. Cuarta parte, Tercera Sala. pp. 817 y 818.

> Civil para el Distrito Federal, y por las legislaciones de los Estados de la República que contienen disposiciones iguales, para usucapir un bien raíz, es necesario que la posesión del mismo se tenga en concepto de dueño o de propietario. Este requisito exige no sólo la exteriorización del dominio sobre el inmueble mediante la ejecución de actos que revelen su comportamiento como dueño mandando sobre él y disfrutando del mismo con exclusión de los demás, sino que también exige se acredite el origen de la posesión, pues al ser el concepto de propietario o dueño un elemento constitutivo de la acción, el actor debe probar, con fundamento en el artículo 281, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que inició la posesión con motivo de un título apto para trasladarle el dominio, que puede constituir un hecho lícito o no, pero en todo caso debe ser bastante para que fundadamente se crea que posee e concepto de dueño o de propietario y que su posesión no es precaria o derivada. Por tanto no basta para usucapir, la posesión del inmueble y el comportamiento de dueño del mismo en un momento determinado, pues ello no excluye la posibilidad que inicialmente esa posesión hubiera sido derivada.[57]

11. ANTECEDENTES DEL CASO QUE DIO ORIGEN A LA CONTRADICCIÓN DE TESIS XVI. 2º.C

Antes de describirlos cabe aclarar que los matizaremos con el propósito de dar claridad y para mejor comprensión de los planteamientos y soluciones, de modo que para nuestros fines, preferimos hablar de un ejemplo de laboratorio. Pues bien, el actor manifestó en su demanda de usucapión, de manera genérica, sin ser preciso, que desde hace aproximadamente treinta años, arrendó el inmueble que pretende prescribir; que el arrendador dejó de cobrarle la renta y se enteró después que había fallecido; que por ello considera ha poseído durante más de veinte años el inmueble,

[57] *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Tesis de jurisprudencia 3ª./J.1/94. Tercera Sala. Tomo 78, junio de 1994. p. 30. Nota: La jurisprudencia, se invocó por la actual Primera Sala al resolver la contradicción de tesis 12/2000, el 28 de marzo de 2001, por unanimidad de cuatro votos. Aparece publicada en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XIV, julio de 2001, Pleno, Salas y Acciones de Inconstitucionalidad. Novena época. pp. 345 y 346.

comportándose como dueño, puesto que ha pagado los impuestos que se generan por la posesión del predio y ha efectuado actos de dominio sobre el mismo, como hacer pequeñas mejoras, pintarlo, y otras por el estilo y ante esta circunstancia, demanda la usucapión a quien aparece como propietario en el registro público de la propiedad, aunque está consciente de que carece de justo título y su posesión es de mala fe.

12. Tesis XVI 2º.C del entonces 2º Tribunal Colegiado del XVI Circuito

Con motivo de la resolución contenida en la citada tesis 1ª./J.19/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y al partir de la base de que la jurisprudencia es obligatoria, conforme a lo estipulado en el artículo 192, de la anterior Ley de Amparo y su equivalente, artículo 217, en vigor a partir del tres abril de 2013, fecha en que inició su vigencia la nueva Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales, los órganos jurisdiccionales de circuito, se vieron en la necesidad de interpretar, a su vez, la tesis de la superioridad. En efecto, algunos tribunales colegiados estimaron procedente la acción ejercitada, cuando simplemente se enuncia en la demanda civil, que se ha poseído sin justo título, de mala fe y por más de veinte años. En cambio, otros Tribunales Colegiados de Circuito, en sus resoluciones, ponderan como requisito el que se revelen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvo verificativo el acto jurídico por medio del cual se entró a poseer, aun cuando a la postre no lo prueben; así, es indispensable que el actor o el reconveniente (en caso de contrademanda) reseñe, al menos, el acto del cual derivó su posesión y la época en que éste tuvo lugar. Tal diversidad de resultados derivó de la situación de que en la ejecutoria de la cual se desprendió la jurisprudencia en comento, no se abordó expresamente el tema de si debía o no narrarse la causa generadora de la posesión, situación que ha dado lugar a que la jurisprudencia se haya interpretado desde estos puntos de vista diferentes, creando, ciertamente, inseguridad en los justiciables, pues la solución del asunto dependerá del criterio que al respecto haya adoptado el Tribunal Colegiado a quien se turne el negocio, lo cual, sin duda, pugna con la finalidad primordial de la jurisprudencia, que es

precisamente la de unificar criterios y proporcionar seguridad jurídica tanto a litigantes como a los órganos encargados de la actividad jurisdiccional.

En este lugar, cabe advertir, que en casos como el presente, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido una tesis de jurisprudencia, pero la misma no es clara, entonces existe no sólo la posibilidad sino la necesidad de interpretarla. Esta autorización para realizar la intelección de los criterios jurisprudenciales, se contiene en la tesis siguiente:

> CONTRADICCIÓN DE TESIS. EXISTE CUANDO DERIVA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. La aparición de leyes, la reforma o adición a las existentes, puede ocasionar que los supuestos comprendidos en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se vean modificados, reflejándose en las resoluciones judiciales. Si a virtud de ello un Tribunal Colegiado de Circuito emite un criterio en aplicación de la ley que se aparta de una jurisprudencia y otro de esos tribunales se pronuncia en términos diferentes sobre la misma cuestión, surge contradicción de tesis que deberá ser resuelta por el Máximo Tribunal del país, para evitar la inseguridad jurídica derivada de la aplicación de criterios opuestos.[58]

Ante este estado de cosas, el órgano colegiado en cita, se adhirió a una de las corrientes mencionadas y sostuvo, en síntesis que en los casos en que se demande la usucapión de mala fe y sin justo título, es indispensable mencionar al menos la causa generadora de la posesión y revelar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvo verificativo el acto jurídico por medio del cual se entró a poseer, así como la época en que éste tuvo lugar. Lo anterior se desprende de la tesis del rubro:

> PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA DEL RUBRO PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE INMUEBLES CUYA POSESIÓN SEA POR MÁS DE VEINTE AÑOS, PARA QUE PROCEDA, NO ES NECESARIO ACREDITAR UN JUSTO TÍTULO NI LA CAUSA

[58] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Tomo X, julio de1999. Novena época. 1a. Sala, p. 62. Tesis aislada 1ª. X 99.

generadora de la posesión (legislación del estado de guanajuato).[59]

Aquí cabe dar noticia, que en relación a la resolución dictada en el juicio de amparo directo civil de donde deriva el criterio en cita, se realizó una denuncia de contradicción de criterios suscitada entre el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, en contra de los entonces Tribunales Colegiados Primero en materias Civil y del Trabajo del Segundo Circuito y Segundo en materia Civil del Decimosexto Circuito, contradicción de tesis que quedó registrada con el número 141/2009 y fue resuelta en sesión de veintisiete de mayo de 2009, por la Segunda Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que no existía contradicción de criterios, porque en las ejecutorias que le dieron origen, se abordaron temas distintos, de modo que infortunadamente no dieron materia para que Alto Tribunal, se pronunciara sobre el tema en particular.

13. Punto de vista y argumentos del entonces 2º Tribunal Colegiado del xvi Circuito

Como ya se adelantó el Órgano de Control Constitucional de referencia, disintió del criterio de que simplemente habría de decirse en la demanda civil de usucapión lo precisado en el último párrafo del anterior apartado y en lo sustancial, adujo que de no aceptar la postura de la tesis que pondera la necesidad de revelar la causa generadora de la posesión, sería suficiente el que un par de testigos manifestaran que el actor posee en concepto de dueño en sentido económico y lo ha hecho en forma continua y pública y simplemente exhibir algunos documentos relativos, como recibos del pago de energía eléctrica, de servicio telefónico u otros análogos, preferentemente de fechas anteriores, donde apareciere el domicilio y el nombre del actor, para que, al operar la prescripción, se procediera a sancionar al propietario anterior y declarar que el actor se ha convertido en dueño. En

[59] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época. Tribunales Colegiados. Tomo xxvi, julio de 1999. Tesis: xvi. 2º.C. 30. p. 2676.

cuanto a que ha sido pacífica, la experiencia demuestra que los testigos, se limitan a así decirlo, pero sin tener conciencia del significado del concepto posesión pacífica.

Por el contrario, se aduce, también existen otros motivos que deben tenerse en cuenta para exigir que en la demanda se exprese el acto generador de la posesión, así tenemos que de no conocerse el título, no se podrá saber si la posesión es precaria, derivada o una mera detentación. La naturaleza jurídica en cuanto a la calidad de la posesión no se muta espontáneamente, sino que debe verificarse un acto o hecho para que cualquiera de aquellas cambie, de ser una posesión derivada a ser una posesión civil. En el ejemplo antes planteado, advertimos que no se expresó que hubiere acaecido algún acto o hecho jurídico por el cual mutó la naturaleza de la posesión y por lo mismo no se precisó una fecha exacta a partir de cual debe iniciarse el cómputo de la posesión. Así, de concluir que opera la usucapión, no cobra importancia el que de arrendador se convirtió en poseedor civil sólo porque así lo decidió unilateralmente; de lo contrario, habría que decir que es improcedente la acción, puesto que una posesión derivada, como lo es la que obtiene el arrendador, no es posible que cambie espontáneamente su naturaleza, pues nadie se convierte en dueño porque un buen día le dio la gana de transformarse de arrendador en poseedor civil. Así, no se puede afirmar que posee en concepto de dueño y devendría improcedente la acción ejercitada.[60]

Otro tipo de razones para sostener que el actor en el caso hipotético que tratamos debe revelar su título, tienen que ver con aspectos de seguridad jurídica, puesto que la parte demandada, que lo será la sucesión del original arrendador, se encontrará en desventaja procesal, al ignorar la fecha a partir de la cual se debe contar el lapso prescriptivo, hasta qué fecha se hizo el pago del arrendamiento; la forma de su pago y otras circunstancias análogas que no le permiten producir una adecuada defensa y en cambio, la eventual sentencia condenatoria se traducirá en la grave sanción de perder el derecho de propiedad.

[60] Ver capítulo segundo. *Supra* III. inciso B). Sub inciso c).

14. El panorama actual

De lo hasta aquí narrado y considerado, estamos en aptitud de colegir, conforme el estado actual que guardan las cosas que: 1) Hemos detectado el conflicto normativo total-total, según la explicación profusa antes dicha. 2) Existen al menos dos Tribunales Colegiados de Circuito que sustentaron en sus resoluciones, criterios contradictorios. 3) La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución contenida en contradicción de tesis la tesis de jurisprudencia número 1ª./J.19/2007,[61] decidió considerar (aun cuando no se abordó el tema desde la perspectiva del conflicto normativo) que en el estado de Guanajuato, para la procedencia de la usucapión sin justo título y de mala fe, no es necesario probar el título por el que se posee. 4) A pesar de que nuestra opinión es en sentido inverso y que existen un sinnúmero de argumentos para sostenerla, no abordados por la Primera Sala, habrá de prevalecer el criterio por ella sustentado, puesto que se trata de una jurisprudencia de carácter obligatorio, para resolver los asuntos que deban resolverse en estos momentos. 5) Resultaría conveniente modificar el criterio, pero debe hacerse conforme el procedimiento correspondiente. 6) En el último de los casos habrá de procurarse la expulsión de la norma del sistema jurídico para hacerlo coherente, y 7) A fin de lograrlo se necesita: a) que el legislador secundario realice las reformas pertinentes o bien, b) que se declare inconstitucional el precepto, por las razones que en el siguiente capítulo se expresan.

[61] La Tesis se encuentra publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* tomo XXV, abril de 2007. Primera Sala, Materia Civil. Tesis: 1a./J.19/2007. Novena época. p. 312.

Capítulo VI
Inconstitucionalidad del artículo 1250 del Código civil para el estado de guanajuato

1. Planteamiento del problema

Como punto de partida, tenemos que en los sistemas constitucionales modernos y el mexicano no es la excepción, la normatividad positiva de orden secundario, necesariamente debe ajustar su contenido al marco que le impone la propia Constitución Política y en su caso, adecuarse a los tratados Internacionales, particularmente a los que versen sobre derechos humanos.

De esta suerte, advertimos que todos los preceptos emanados, bien de la Cámara de Senadores, al aprobar tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República;[1] bien del Congreso de la Unión para el ámbito federal; de las Legislaturas Locales para las entidades federativas o de la Asamblea Legislativa para el Distrito Federal, cuerpos éstos, encargados de la producción de normas jurídicas, deben respetar, sin excepción alguna, las denominadas tradicionalmente garantías individuales y los derechos humanos que se reconocen[2] y tutelan en la propia ley fundamental, acorde, se entiende, con la normatividad pactada en las convenciones

[1] En nuestra opinión también deben incluirse las normas provenientes de los tratados internacionales, porque los mismos deben ajustarse a nuestra Ley Suprema; sin embargo, cabe apuntar que algunos autores, e incluso ministros del Máximo Tribunal de la Federación, han expresado que los tratados internacionales, deben prevalecer sobre la Constitución misma, postura que no ha llegado a ser jurisprudencia y no compartimos.

[2] En el texto de la Constitución de 1857, se utilizó el término "reconocer", como ha quedado en el texto vigente, a partir de las reformas constitucionales publicadas en el mes de junio de 2012. Sin embargo, el texto original de la Constitución promulgada en Querétaro, en 1917, se aludía a las garantías que la propia Constitución "otorga". Esta divergencia es de un profundo significado jus filosófico; esto sólo lo apuntamos porque la cuestión de fondo escapa a nuestro trabajo.

internacionales. Quizá no es inútil puntualizar que en los sistemas federalistas como el nuestro, las Constituciones de cada Estado, deben también adecuar sus normas a la federal, como también deben hacerlo quienes expiden otro tipo de mandamientos generales, abstractos e impersonales, por ejemplo los reglamentos.

2. Derecho fundamental de audiencia

Uno de estos derechos fundamentales, que se recepta en el artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de actual vigencia, designado como garantía individual, en el texto original y conceptuado ahora como uno de los derechos humanos reconocidos, e inscrito seguramente dentro de los catalogados como de la más alta jerarquía, es el coloquialmente llamado derecho (antes garantía) de audiencia, puesto que toda nuestra estructura jurídica descansa en él, en forma conjunta con los principios de legalidad y el de acceso efectivo a la justicia. El diverso de legalidad, se previene en el artículo 16 y el de acceso efectivo a la justicia, en el 17, todos del mismo ordenamiento supremo. El primero protege contra actos privativos; el segundo contra actos de molestia y el tercero y último de los derechos fundamentales antes nombrados, amplía los otros dos derechos humanos, para dotar al particular, de procedimientos adecuados, expeditos e idóneos, que hagan efectivo el respeto y la sujeción de gobernantes y gobernados a la ley y todos estos preceptos, protegen contra actos arbitrarios.

El primero y el tercero de estos preceptos, destinados a preservar la seguridad jurídica, característica del Estado de derecho, y a proteger al gobernado contra actos de privación, crean la conciencia y dan la seguridad de que (salvo contadas excepciones, por ejemplo en ciertos casos de expropiación o en el de cobro de tributos) antes de sustraer los bienes de su patrimonio, se debe dar oportunidad al afectado de combatir tales actos que le son lesivos, proporcionándole todos los medios y elementos para hacer efectivas y eficaces, todas las defensas de que disponga, lo que a nuestro juicio, no ocurre en los casos en que se demande la prescripción adquisitiva sin justo título y de mala fe, en términos del artículo 1248, del Código Civil para el estado de Guanajuato. Empero, antes de exponer

nuestra tesis de que el precepto es inconstitucional e inconvencional, es necesario hacer referencia a los alcances de este derecho de audiencia consagrado en nuestra Carta Magna.

3. Su evolución histórica

Si decimos que la garantía o derecho de audiencia, consiste en que la persona antes de ser privada de sus bienes o derechos debe ser oída y vencida en juicio, obviamente por la autoridad, (aunque modernas corrientes sostienen que también la ley debe contemplar y sancionar los casos en que los particulares violen derechos fundamentales)[3] habremos de convenir que el tema se vincula íntimamente con la relación existente entre los detentadores del poder público y el gobernado y que la historia demuestra que siempre ha existido una constante lucha por obtener derechos frente a las autoridades y sus actos arbitrarios y por tener reglas claras de convivencia, no sólo entre los miembros de una sociedad, sino también frente al poder que tradicionalmente encarna en el Estado, como ente jurídico poseedor de la fuerza pública.

En este tenor, para algunos autores, la más antigua legislación donde se protege el derecho de audiencia, misma que incluso ponderan como primigenia, es la Carta Magna inglesa de 1215 que a su entender, es el antecedente más visible donde ya se aludía a conceptos asemejados a la moderna concepción del ya referido derecho de audiencia, ahora catalogado como uno de los derechos humanos de destacada relevancia, en que permea la idea de las recientes concepciones de debido procedimiento, complementados estos principios con el de acceso efectivo a la justicia; sin embargo, otros estudiosos del tema aseguran que antes de su expedición,

[3] La nueva Ley de Amparo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, en vigor al día siguiente de su publicación, en su art. 5º fracción II, segundo párrafo textualmente preceptúa: "para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general".

la historia registra diversos ordenamientos y codificaciones[4] que simplemente enunciaremos:

En plena Edad Media y en otras culturas diferentes a la asentada en la actual Inglaterra, existieron leyes e instituciones jurídicas semejantes en importancia a la Carta Magna inglesa, como el *Justicia Mayor de Aragón*. Su función era tan relevante que llegó a anular no sólo los actos arbitrarios sino también las malas leyes, según lo asevera González Shmall.[5] Por lo demás, es interesante observar que fue en tierras de la península ibérica, donde, en opinión de autores, como don Eugenio Trueba Olivares, se dio la que no vacila en calificar como la primera Carta Magna de occidente y la ubica, precisamente, en las Leyes de León de 1188, anteriores, obviamente, a la Carta Magna inglesa de 1215. Este documento es, a su juicio, el verdaderamente primigenio.[6] Por último, tenemos como un antecedente de suma importancia, al famoso *Fuero Juzgo*, también denominado *Libro de los Jueces* o *Código de los Visigodos*, que a decir de Ignacio Burgoa, fue un ordenamiento normativo que comprendía disposiciones relativas a múltiples materias jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado. Asimismo, destacan los Fueros Leoneses de 1020, los de Nájera

[4] Sin duda, la más antigua codificación conocida, es el *Código de Hamurabi*, que data del siglo XXIII a. J.C. (*Cfr.* Carrancá y Trujillo, Raúl. *Derecho penal mexicano*, *Parte general.* México, Editorial Libros de México, S.A. 1995. pp. 52 y ss.) En aquellos lejanos días, se vivió la venganza privada y la venganza pública y llama la atención de que muchas culturas se regían por la llamada *Ley del Talión.* En épocas más recientes encontramos el absolutismo cuya característica esencial, estriba en que se concentró en manos del soberano el *summum* del poder y a éste se le encargaron todas las tareas de gobierno, pero al correr del tiempo y al resultar imposible que el soberano se encargase de todos los asuntos y funciones gubernamentales, hubo de delegar atribuciones y es así que antes de que apareciese en la teoría y en práctica, la división de poderes, se establecieron verdaderos tribunales. En Inglaterra se produjo *la curia regis o corte del Rey*, consistente en *el tribunal del banco del rey*, *el common pleas y el exchequer*, respectivamente encargados del crimen, del recobro de deudas y propiedades y del cobro de impuestos y dineros de la corona, hasta que se obligó al Rey a firmar la ya citada Carta Magna. (*Cfr.* Emilio Rabasa. *El juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión.* México, Editorial Porrúa, S. A., 1970, pp. 152 y ss.) Después, conforme a la tradición de derecho consuetudinario, se produjo una auténtica división de poderes. Por último, con la aparición de nuevas concepciones de constitucionalismo, todos (gobernantes y gobernados) quedaron sometidos a la norma fundamental.

[5] Raúl González Shmall. *Programa de Derecho Constitucional.* México, Universidad Iberoamericana. Noriega Editores, 2003. p. 14 y s.

[6] Trueba Olivares, Eugenio. *El hombre, la moral y el derecho.* Guanajuato México, Editorial Orlando Cárdenas Velasco, 1986. p. 260.

de 1120, los de Toledo de 1085, los de Burgos de 1037, los de Zaragoza de 1115 y otros muchos.[7]

En relación específica a la "garantía de audiencia", hemos dicho que en ella se comprende lo que denominan quienes se ocupan de escribir sobre estos temas, como debido proceso. Este concepto se encontraba ya en la Carta Magna inglesa, origen remoto de varias garantías constitucionales. Así Emilio Rabasa, dice que:

> En los setenta y nueve capítulos de este famoso estatuto hay una abundante enumeración de garantías…todas con valor jurídico para el presente que corresponde a fórmulas que se han trasmutado en las libertades modernas; pero en las cuales sólo han modificado las palabras y viven en los principios de las constituciones actuales.[8]

Al compartir esta misma línea de pensamiento, Ignacio Burgoa expresa:

> El artículo 46 de la Charta Magna inglesa reconoció al hombre libre, al freeman la garantía de legalidad, de audiencia y de legitimidad de los funcionarios o cuerpos judiciales, constituyendo un claro antecedente de nuestros artículos 14 y 16, en especial del primero, cuyo segundo párrafo expresa más pormenorizadamente las garantías insertas en el precepto anglosajón, que inspiró asimismo la enmienda quinta de la Constitución americana, la que englobó los términos legales de las mencionadas garantías en la expresión "debido proceso legal". –*Due process of law*– cuya generalidad, amplitud y vaguedad hacen a dicha disposición inferior a la norma correspondiente de nuestro artículo 14 constitucional.[9]

A partir de estos ordenamientos, la idea de restar poder a la autoridad, encarnación del Estado, las constituciones modernas de corte liberal, consagran con nota de sobresaliente la garantía de audiencia; incluso los organismos internacionales pugnan para que en las convenciones, también

[7] Ignacio Burgoa Orihuela. *Las garantías individuales*. 9ª ed. México, Editorial Porrúa. S. A., 1965. p. 76 y s.

[8] Rabasa, Emilio. *El juicio constitucional*... p. 181.

[9] Ignacio Burgoa Orihuela. *Ob. Cit.*, p. 86.

internacionales, los Estados adherentes a este tipo de pactos, se comprometan a respetarla.

4. La garantía de audiencia en la Doctrina Jurídica

De inicio, debe hacerse notar, que de la simple lectura a nuestro artículo 14 constitucional, precepto donde se contiene la antes llamada garantía de audiencia, se aprecia que el numeral no emplea ésta terminología gramatical; no dice siquiera que el posible afectado, deba ser oído, puesto que audiencia eso significa: el ser oído. La etimología es latina, proviene del verbo audio, *audis, audire audivi, auditum*. Significa: 1. Oír, escuchar. 2. Saber. Así, *auditus, us*. Se traduce como oído.[10]

Sin embargo, todos los autores coinciden en que, a pesar de la terminología usada por la Constitución, el artículo 14 en cita, impone la obligación de oír al presunto afectado, pues al exigir la Ley Suprema el que éste, antes de ser privado de algún bien jurídicamente tutelado, debe mediar un juicio en que se cumplan las formalidades del procedimiento, se traduce en la necesidad de darle oportunidad a defenderse, de oírlo y sólo en caso de que fuere vencido en juicio, procederá la privación de sus bienes. Resulta ilustrativo lo escrito por el doctor Jorge Reyes Tayabas en párrafo que en seguida se traslitera:

> Viendo ahora lo que se deba entender por formalidades esenciales del procedimiento, cabe decir que su conceptuación se originó en torno a los procedimientos judiciales; de ahí una abundante doctrina, respaldada en buena parte por criterios jurisprudenciales, ha extendido su manejo a toda clase de procedimientos que puedan dar lugar a actos de afectación a los bienes jurídicos a que el artículo 14 constitucional alude y, en esa virtud, se parte de la idea de que salvo los casos de excepción que puedan tener un respaldo constitucional, el gobernado que esté en trance de sufrir la afectación debe ser oído, para que pueda defenderse, pero este derecho que genéricamente se

[10] O. Riemann y E. Goelzae. *Gramática Latina.* Curso arreglado del francés, por el Pbro. Leopoldo Lara. 7ª ed. México, (carece del nombre de la casa editorial) 1962. p. 178.

> conoce como garantía de audiencia, no reduce a que alguien sea escuchado, para que exprese las razones contrarias a la pretensión de la autoridad que se disponga a afectarlo en su status personal, sino que en primer término, debe cumplirse un mínimo de formalidades para que al sujeto en cuestión se le haga sabedor del procedimiento que se vaya a iniciar en su contra, de manera de que no haya duda de que sí quedó avisado y también de que sepa qué es lo que de él se reclama o qué se le imputa o qué razones o circunstancias se aducen para generar la posibilidad de que se vea amenazado de pérdida de la vida, de sus propiedades, posesiones o derechos.[11]

Trasuntamos también las ideas de Francisco Ramírez Fonseca, quien igualmente identifica y tácitamente admite, que el precepto recepta la llamada garantía de audiencia, cuando dice:

> La garantía de audiencia se satisface mediante el cumplimiento de seis requisitos: la tramitación de un juicio; que el juicio se sustancie ante un tribunal; que el tribunal se haya establecido con anterioridad al juicio; que en dicho juicio se observen las formalidades del procedimiento; que el fallo respectivo se pronuncie conforme a las leyes aplicables; y que tales leyes sean expedidas con anterioridad al hecho, Ahora bien, sin el cumplimiento previo a estos requisitos, nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, o en sus propiedades, posesiones o derechos.[12]

Por último, copiamos algunos párrafos que contienen las ideas del maestro Ignacio Burgoa Orihuela, seguramente el autor más destacado en décadas pasadas y autoridad en estos temas; en su obra *Las Garantías Individuales* quien asevera, luego de afirmar que la garantía de audiencia se encuentra implicada en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional:

[11] Reyes Tayabas, Jorge. *Derecho constitucional aplicado a la especialización en el Amparo*. México, Ed. Themis, 1991. p. 252.

[12] Ramírez Fonseca, Francisco. *Manual de Derecho constitucional*, 6ª ed. México, Editorial PAC, 1990, pp. 96 y s.

> El tenor de esta disposición constitucional concebida en sus propios términos en el Proyecto de Constitución elaborada por don Venustiano Carranza y que fueron aprobados sin discusión en el Congreso de Querétaro, corresponde a la fórmula norteamericana del "debido proceso legal", tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos.
>
> La garantía de audiencia en nuestro actual artículo 14 constitucional se integra, según hemos afirmado, mediante cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, necesariamente concurrentes, y que son: el juicio previo al acto de privación; que dicho juicio se siga ante tribunales previamente establecidos; el cumplimiento o la observancia de las formalidades procesales esenciales; y la decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio. Formándose la garantía de audiencia mediante la conjunción indispensable de tales cuatro garantías específicas, que posteriormente estudiaremos, es evidente que aquella es susceptible de contravenirse al violarse una sola, por lo que, merced a la íntima articulación que existe entre ellas, el gobernado encuentra en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional una verdadera y sólida protección a sus bienes jurídicos integrantes de su esfera subjetiva de derecho".[13]

De lo trascrito y que es una muestra representativa sobre el tema que nos ocupa, tenemos, en resumen, estas ideas primordiales: 1) Al margen de que el texto constitucional no emplea el vocablo audiencia, se debe oír siempre al gobernado, por medio de un debido proceso legal y se le deben otorgar todas las facilidades para su defensa, 2) Todo procedimiento, como veremos en apartados subsecuentes, debe contener "etapas procesales". Apuntamos desde ahora que es en la Jurisprudencia donde se precisa esta idea con mayor énfasis y con ello se enriquece la doctrina jurídica, 3) Si una ley no contempla etapas procesales o en su caso no establece las necesarias, para dar satisfacción al debido procedimiento, de acuerdo a la naturaleza y fines del mismo, sobre los que verse el litigio o la cuestión sobre la que trate el asunto, con ello imposibilita la defensa del interesado y automáticamente debe tildarse de inconstitucional a tal legislación por

[13] Burgoa Orihuela, Ignacio. *Ob. Cit.*, pp. 540 y 541.

vulnerar la antes llamada garantía de audiencia. Sentado lo anterior, debe señalarse que corresponde ahora hacer la precisión de lo que deba entenderse por debido proceso legal, pues a lo largo de la historia, especialmente desde la aparición de la Carta Magna inglesa, se habla de éste concepto, amén de que su intelección y alcances han evolucionado como en seguida veremos.

5. Acercamiento al concepto debido proceso legal

En principio tenemos, conforme a lo antes narrado y atento a las citas insertas, que no hay duda sobre la íntima vinculación existente entre los conceptos de derecho de audiencia y debido proceso legal. Tampoco hay mayor discusión en que el antecedente más difundido del segundo de los conceptos, se encuentra expuesto con claridad meridiana en la Carta Magna inglesa de 1215. Ahora bien, la primera Constitución escrita y que se encuentra vigente hasta nuestros días, es la promulgada en los Estados Unidos de Norte América en el año de 1787. En ella se recogen los principios jurídicos de la tradición inglesa, de modo que tal Constitución, no es sino producto y continuación de aquellas tradiciones; por este motivo, autores como Emilio Rabasa, en su muy particular concepto la califica y denomina Constitución ratificada. Tales tradiciones fueron trasplantadas por los emigrantes que en el siglo XVII fundaron las colonias inglesas en América. Conforme a sus costumbres y como elemento de integridad natural, llevaron a su nuevo asiento el *common law* en vez de llevar recopilaciones de leyes en su bagaje. "…El derecho iba en ellos, en el birthrigt, como iban el idioma, los hábitos domésticos y el espíritu de raza…"[14] En otra parte de la misma obra, dice que para llegar a esta Constitución estatutaria, primera en su género, "…se pasa por las cartas de las colonias inglesas de América, se asciende a los estatutos reales desde la casa de Hannover a los Estuardos, a los sucesores del Rey Juan y a la Carta Magna…"[15]

[14] Este autor clasifica en tres, a los tipos o modelos de Constitución: *La espontánea,* cuyo ejemplo único lo ubica en la Constitución inglesa no escrita; *la ratificada*, que como dijimos, es ejemplo la de los Estados Unidos de Norte América y *las impuestas,* entre las que incluye la nuestra, aun y cuando se refiera a la de 1957. *Cfr.* Emilio Rabasa. *Ob. Cit.*, p. 160 y ss.

[15] *Cfr. Ibidem*. p. 180 y ss.

Lo hasta ahora dicho, tiene relevancia, si tenemos en cuenta que nuestro artículo 14 constitucional, corresponde, según hemos visto en párrafos precedentes, a la fórmula norteamericana del debido proceso legal. Resta ahora solamente citar como mero complemento, lo dicho por don Antonio Carrillo Flores, quien aborda estos temas con claridad excepcional, en lo que en seguida se reproduce y fue escrito bajo los títulos *El 'debido proceso legal'.- Su evolución en el derecho anglosajón.- Su adopción en México*[16] y es del tenor siguiente:

> El artículo 14 es un precepto cuyo significado ha sido objeto de las más variadas interpretaciones. En el siglo anterior (XIX) la cuestión debatida fue casi exclusivamente la de saber si el artículo 14 regía sólo en materia penal o también en materia civil…En otra parte sigue diciendo…El artículo 14, según lo ha interpretado la Corte, no fija ninguna limitación fundamental para la autoridad administrativa. Ha llegado a tanto la Suprema Corte que en su informe de 1938 reafirma… que el artículo 14 constitucional ni siquiera establece la garantía de audiencia en el procedimiento administrativo, sino que solamente obliga a la autoridad a sujetarse a la ley.[17]

Como colofón, diremos que la concepción actual y a partir, aproximadamente, de las últimas cuatro o cinco décadas del siglo pasado, el más Alto Tribunal de la Nación ha sostenido que la garantía de audiencia opera en todas las materias y en la interpretación que le ha dado, la concibe con toda amplitud, como explicamos en los siguientes apartados.

6. La garantía o derecho de audiencia en la legislación positiva

Es en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como ya lo dijimos, donde se recepta el derecho de audiencia, que junto con los diversos de legalidad y el que a últimas fechas ha cobrado auge, el

[16] Antonio Carrillo Flores. *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México.* México, Librería de Porrúa Hnos. y Cía,. 1939. p. 65.
[17] *Ibidem*. pp. 73 y ss.

de pleno acceso a la justicia, se han erigido y constituyen los pilares, de que hemos hecho mención y por ellos se obliga cualquier autoridad, de cualquier nivel, a siempre otorgar oportunidad de defensa al gobernado de quien se trate, antes de privarlo de algunos de los derechos referidos en el artículo 14 de la misma Carta Magna. Insistimos en que el contenido de esta disposición se convierte de esta forma en uno de los pilares fundamentales del sistema jurídico mexicano y constituye una auténtica garantía individual, derecho fundamental o derecho humano, consagrado por el constituyente originario.

En constituciones anteriores ya se prevenía, como garantía individual (ahora se cataloga como uno de los derechos humanos); sin embargo, no fue siempre este el alcance que se dio al precepto ni se le ha dado siempre esa interpretación tan amplia y cabal que en la jurisprudencia que hoy por hoy tiene vigencia, según advertimos en los párrafos anteriores. El concepto ha sufrido una auténtica evolución.

El artículo constitucional objeto de nuestra atención, conforme al texto actual, en su parte conducente, preceptúa:

> Nadie podrá ser privado de la libertad, propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.[18]

En los próximos apartados habremos de enfrentar este precepto con los dispositivos del Código Civil referentes a la prescripción adquisitiva de mala fe y evidenciar que el numeral 1250, de tal codificación vulnera la Constitución Federal. Para ello, además de aludir a la opinión de los autores que han escrito sobre el tema, y de la mano con las opiniones doctrinarias, citaremos los criterios de jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación.

[18] El texto original fue reformado en decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2008, para suprimir el derecho a la vida; al inicio decía: "Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, posesiones o derechos etc.…". Sin embargo consideramos que también se tutela la vida, aun cuando la reforma se aprobó en forma irreflexiva y con ausencia de técnica legislativa, cuestión en la que tampoco abundamos por escapar al alcance de nuestro trabajo.

6.1 La garantía de audiencia también obliga al Poder Legislativo

Si decimos que por regla general todos los órganos del Estado, a cualquier nivel y en cualquier circunstancia quedan obligados a otorgar oportunidad de defensa a toda persona, antes de que sea privada de sus propiedades posesiones o derechos, la pregunta obligada sería: ¿en qué forma queda vinculado el Poder Legislativo a respetarla, si su función no es la de dar órdenes o mandatos para que un particular sea privado de algún bien o de algún derecho, sino que su tarea substancial es la de elaborar leyes o mejor, normas jurídicas?

La respuesta es que tal poder tampoco escapa a este mandato constitucional, porque si bien no dicta mandamientos dirigidos a nadie en particular, sino que su función estriba en elaborar normas de carácter general, abstracto e impersonal, de todas formas, debe respetar la llamada garantía de audiencia. Para ello debe incluir en las leyes que emita, de manera expresa y con precisión, procedimientos que tiendan a que cualquier gobernado cuente con medios defensivos que le permitan preparar y hacer valer las defensas que a su interés convengan, para defender lo que le pertenece, ante una amenaza de privación. Así lo ha sostenido el Máximo Tribunal de la Nación en la tesis del rubro y texto siguientes:

> AUDIENCIA, GARANTÍA DE. OBLIGACIONES DEL PODER LEGISLATIVO FRENTE A LOS PARTICULARES. La Suprema Corte ha resuelto que la garantía de audiencia debe constituir un derecho de los particulares, no sólo frente a las autoridades administrativas y judiciales, sino también frente a la autoridad legislativa, que queda obligada a consignar en sus leyes los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y se les dé oportunidad de defensa en aquellos casos en que resulten afectados sus derechos. Tal obligación constitucional se circunscribe a señalar el procedimiento aludido; pero no debe ampliarse el criterio hasta el extremo de que los órganos legislativos estén obligados a oír a los posibles afectados por una ley antes de que ésta se expida, ya que resulta imposible saber de antemano cuáles son todas aquellas personas que en concreto serán afectadas por la ley y,

por otra parte, el proceso de formación de las leyes corresponde exclusivamente a órganos públicos.[19]

6.2 La Tesis Fraga

Hasta ahora hemos advertido que la jurisprudencia fue evolucionando en relación al alcance que deba dársele al precepto que consagra la garantía de audiencia, de modo que fue de menos a más: primero reducía su aplicación a la materia penal; luego a la civil; después a la otras materias cuyos procedimientos fuesen seguidos en forma de juicio, como la laboral; posteriormente se amplió a la administrativa, hasta que llegó a ocupar un sitial en el Máximo Tribunal de la Nación, uno de los teóricos del derecho administrativo más reconocidos en nuestro entorno: don Gabino Fraga.

Este jurista, en su calidad de Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivó de algunos fallos provenientes de su ponencia y aprobados por la entonces Segunda Sala, una tesis novedosa por la amplitud que otorgó a la garantía de audiencia. Esta tesis, en el medio se conoce por el apellido de su autor; ha sido objeto de elogios, pero también de críticas; empero, antes de comentarla, procedemos a su transcripción:

> AUDIENCIA GARANTÍA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCIÓN NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO. La circunstancia de que no exista en la ley aplicable precepto alguno que imponga a la autoridad responsable la obligación de respetar a alguno de los interesados la garantía de previa audiencia para pronunciar la resolución de un asunto, cuando los actos reclamados lo perjudican, no exime a la autoridad de darle oportunidad de defensa, en atención a que, en ausencia de precepto específico, se halla el mandato imperativo del artículo 14 constitucional, que protege a todos los gobernados, sin excepción.[20]

[19] *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima época, Primera parte, volúmenes 121-126, p. 45. Amparo en revisión 2019/78. Máximo Jiménez García. 8 de mayo de 1979. Unanimidad de quince votos. Ponente: Mario G. Rebolledo.

[20] La tesis constituye jurisprudencia por reiteración, quedó registrada con el número 339 y es consultable en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, fallos 1917-1975, Tercera parte, Segunda Sala, p. 569.

En relación a este criterio, se observan, en diversos aspectos, varias notas que merecen comentarse:

1. Es un criterio novedoso, que lleva a ponderar la obligación de oír al afectado, aun sin que la ley otorgue a la autoridad, elevando así el valor de la garantía a un plano destacadamente superior. Para entender la razón por la cual se sustentó la tesis, es necesario recordar el entorno legal de la época en que se expidió. Hemos señalado que durante la primera mitad del siglo pasado, era criterio comúnmente aceptado que la autoridad administrativa, quedaba sujeta sólo al principio de legalidad y los controles de su actuación se centraban sustancialmente a evitar que, salvo en los casos en que se tratara del ejercicio de una facultad discrecional, la autoridad quedara sometida a lo prescrito por el legislador; es decir lo que la finalidad era evitar actos arbitrarios. En la actualidad se sostiene que ni aun la actuación en ejercicio de la citada facultad discrecional entraña arbitrariedad. De este modo, si alguna ley no prevenía algún procedimiento apto para otorgar al afectado la posibilidad de defensa, se entendía que la autoridad administrativa actuaba legalmente y apegada al mandato constitucional porque no era atribuible a ella la circunstancia de que no existiese establecido algún procedimiento previo donde se diera intervención al interesado.[21] Era éste un criterio comúnmente aceptado, hasta la aparición de la tesis fraga. Aquí cabe señalar que fue casi a fines del siglo con el que concluyó el anterior milenio, cuando se expidió la *Ley Federal del Procedimiento Administrativo*,[22] que vino a colmar el vacío existente en la materia que tratamos.
2. El criterio contenido en esta tesis es paradójico, en el sentido de que, por una parte, entraña una interpretación al artículo 14 constitucional, segundo párrafo, que permite, no quede en letra muerta la garantía de audiencia cuando, a pretexto de que no se ha expedido ninguna ley adecuada al procedimiento, se prive al particular de

[21] *Cfr*. Carlos de Silva Nava. *Curso de Derecho Constitucional*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2010, 307 y ss.

[22] La Ley Federal del Procedimiento Administrativo, se publicó en *Diario Oficial de la Federación* de 4 de agosto de 1994.

bienes jurídicos tutelados, sin brindarle oportunidad de defensa. Empero, por otro, se obliga a la autoridad a inventar un procedimiento y actuar sin que la ley ordinaria lo faculte.

3. Permite, en su aplicación, la posibilidad de que sea una autoridad administrativa quien, al no oír, o mejor dicho, al actual al margen de una ley que es omisa en prevenir un procedimiento donde tenga intervención previa a la privación el posible afectado, en realidad examine (al menos en forma tácita) la constitucionalidad de dicha ley y se constituya así un control difuso, que no es siquiera de los eventualmente pudieran tener apoyo en el artículo 133, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que no se trata de que la constitucionalidad de la ley sea examinada por alguno de los jueces de los estados a que alude el precepto de la *Ley Suprema*, en comento.[23]
4. En resumen, diremos que se trata de un criterio y de una tesis que al gobernado le resulta francamente alentadora y que a la fecha se sigue aplicando, según entendemos, por los Tribunales de la federación, aun cuando se ha reducido sensiblemente el número de casos, debido a la promulgación de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo de que antes hicimos mención. En lo que respecta a la materia civil, en realidad no se suscitan mayores problemas, desde el aspecto que examinamos, porque desde el nacimiento de México como país independiente se aplicaron procedimientos, siempre seguidos ante autoridad judicial.[24]

7. La garantía de audiencia en la jurisprudencia actual

El Pleno del Máximo Tribunal de la Nación, ha definido que por la expresión formalidades esenciales del procedimiento, debe entenderse no otra cosa, que previo a la privación de la propiedad (o de otro derecho) en perjuicio de algún gobernado, como sería la resultante de la sentencia de prescripción, es imprescindible que se oiga y venza al afectado en un ver-

[23] *Cfr.* Carlos de Silva Nava. *Ob. Cit.*, pp. 119 y ss.

[24] En relación a la aplicación de normas codificadas, ver capítulo tercero. *Supra* VI "La codificación en México".

dadero juicio, donde se cumplan los pasos o etapas esenciales del mismo; esto es, a fin de que una ley no se considere violatoria de la llamada garantía de audiencia, el poder legislativo, ya sea el local o el Congreso de la Unión, deben incluir en su articulado, preceptos y reglas tendentes a dotar a las partes litigantes, de lo que coloquialmente se ha dado en llamar oportunidad de defensa, es decir, que se esté en aptitud de contender en un litigio leal y equitativo, donde ambas partes (o más, si las hubiere), puedan defender sus respectivos intereses, desde luego ante órganos jurisdiccionales competentes que es Estado tiene ya establecidos y funcionando. Este criterio se ha sostenido invariablemente y lo encontramos reflejado ya, en la tesis elaborada en el año de 1978, del rubro y texto siguientes.

> AUDIENCIA, GARANTÍA DE, REQUISITOS QUE DEBEN CONTENER LAS LEYES PROCESALES EN RESPETO A LA. De acuerdo con el espíritu que anima el artículo 14 constitucional, a fin de que la ley que establece un procedimiento administrativo, satisfaga la garantía de audiencia, debe darse oportunidad a los afectados para que sean oídos en defensa, antes de ser privados de sus propiedades, posesiones o derechos, con la única condición de que se respeten las formalidades esenciales de todo procedimiento. Este debe contener "etapas procesales", las que pueden reducirse a cuatro: una etapa primaria, en la cual se entere al afectado sobre la materia que versará el propio procedimiento, que se traduce siempre en un acto de notificación, que tiene por finalidad que conozca de la existencia del procedimiento mismo y dejarlo en aptitud de preparar su defensa; una segunda, que es la relativa a la dilación probatoria, en que se pueda aportar los medios convictivos que estime pertinentes; la subsecuente es la relativa a los alegatos en que se dé oportunidad de exponer las razones y consideraciones legales correspondientes y, por último, debe dictarse resolución que decida sobre el asunto.[25]

[25] Informe de Labores de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación que rindió su Presidente al finalizar el año de 1978. Publicación oficial. Primera Parte, Pleno, tesis 12, México, Ediciones Mayo. 1978. p. 316. Conforme a los datos su publicación, deriva del amparo en revisión 849/78. Oscar Fernández Garza. 14 de noviembre de 1978. Unanimidad de dieciocho votos. Ponente: Mario G. Rebolledo. Secretario: Juan Manuel Arredondo Elías.

Dieciocho años después, según las publicaciones oficiales, el criterio llegó a formar jurisprudencia obligatoria por mandato previsto en el artículo 192 de la Ley de Amparo, esto es, en el año de 1995.[26] El rubro y texto de la tesis aprobada, es del siguiente tenor:

> FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respe-

[26] La jurisprudencia se formó por reiteración, conforme a la siguiente genealogía:

> Amparo directo en revisión 2961/90. Ópticas Devlyn del Norte, S.A. 12 de marzo de 1992. Unanimidad de diecinueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor.
>
> Amparo directo en revisión 1080/91. Guillermo Cota López. 4 de marzo de 1993. Unanimidad de dieciséis votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.
>
> Amparo directo en revisión 5113/90. Héctor Salgado Aguilera. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Raúl Alberto Pérez Castillo.
>
> Amparo directo en revisión 933/94. Blit, S.A. 20 de marzo de 1995. Mayoría de nueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.
>
> Amparo directo en revisión 1694/94. María Eugenia Espinosa Mora. 10 de abril de 1995. Unanimidad de nueve votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Ma. Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

> tarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.[27]

7.1 El pleno derecho a la justicia

En los últimos lustros, ha existido una auténtica revolución jurídica con la firma de pactos internacionales, en particular los que versan sobre derechos humanos, al grado de que en esta segunda década del siglo que corre, la Constitución Política que nos rige, ha sufrido adiciones y reformas de gran calado, entre otras, destacan la transformación, incluso conceptual, sufrida en los primeros 29 artículos, que contienen la parte dogmática de la Ley Suprema; las adecuaciones hechas a los artículos 103 y 107, de propia Carta Magna, relativos a los medios de control Constitucional por parte del poder Judicial de la Federación, así como el cambio de denominación de "garantías individuales" a "derechos humanos", acaecidos en el año 2011, como es bien sabido.

Este nuevo modo de ver e interpretar el sistema jurídico, varió sustancialmente, en tratándose de la administración de justicia, aun cuando no se reformaron ni adicionaron los dos primeros párrafos del artículo 17 Constitucional, que a la letra dicen:

> Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.
> Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.
> ….

No obstante, el hecho de que no se hubiere variado el texto constitucional, en su parte trascrita, como adelantamos, cambió su interpretación

[27] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima época, Materias constitucional, común, diciembre de 1995. Pleno. p. 133.

para poner énfasis en grado superlativo, para que todo aquel quien requiera de los servicios del Estado en el ramo de impartición de justicia, siempre cuente con procedimientos y órganos eficientes y eficaces para solucionar los litigios. Como muestra de lo ante dicho, nos limitamos a insertar algunas tesis de la Primera y Segunda Salas del Más Alto Tribunal de la Nación, emitida a propósito de la existencia de recursos que aseguren fallos de calidad y que son del siguiente tenor:

> DERECHO HUMANO A UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. NO PUEDEN CONSIDERARSE EFECTIVOS LOS RECURSOS QUE, POR LAS CONDICIONES GENERALES DEL PAÍS O POR LAS CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES DE UN CASO CONCRETO, RESULTEN ILUSORIOS. El citado derecho humano está estrechamente vinculado con el principio general relativo a la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o los instrumentos internacionales en la materia. Ahora bien, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a tales derechos constituye una transgresión al derecho humano a un recurso judicial efectivo. En este sentido, para que exista dicho recurso, no basta con que lo prevea la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que realmente sea idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y, en su caso, proveer lo necesario para remediarla. De manera que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso concreto, resulten ilusorios, esto es, cuando su inutilidad se ha demostrado en la práctica, ya sea porque el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad, faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan, se deniega la justicia, se retarda injustificadamente la decisión o se impida al presunto lesionado acceder al recurso judicial.[28]

[28] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima época, libro XV, Primera Sala, diciembre de 1995, tomo 1. p. 526.

> AUDIENCIA. LAS AUTORIDADES DEBEN RESPETAR ESA GARANTÍA EN CUALQUIER MATERIA, INCLUYENDO LAS SEÑALADAS EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, CUANDO IMPONGAN MODALIDADES A LA PROPIEDAD PRIVADA POR LAS QUE SE PRIVE DEFINITIVAMENTE AL GOBERNADO EN LOS DERECHOS DE USO, GOCE O DISPOSICIÓN DE LA PROPIEDAD. Las autoridades deben respetar la garantía de audiencia establecida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no sólo cuando expropien un bien, sino también cuando impongan modalidades a la propiedad privada que impliquen para el gobernado una privación definitiva en los derechos de uso, goce o disposición de aquélla, sea en materia de asentamientos humanos o en cualquiera de las señaladas en el tercer párrafo del artículo 27 de la propia Norma Fundamental, pues la obligación de respetarle al particular su derecho a defenderse contra un acto del Estado, no surge de la materia en que éste se realiza, sino de la privación definitiva que con él se haga de su libertad, propiedades, posesiones o derechos.[29]

Como corolario de lo anterior, se tiene que la garantía de audiencia equivale a la antigua expresión de debido proceso legal; que en su contenido, se han ampliado con modernas interpretaciones al artículo 17 constitucional, que asegura para todo gobernado el acceso a los tribunales en demanda de justicia. Todo ello se traduce en la exigencia de que al posible afectado se otorgue la oportunidad de defensa, de modo que antes de privarle de algún bien, (salvo que mediaren circunstancias diversas, como cuando existe allanamiento a la demanda) deberá seguirse un auténtico litigio en donde el interesado tenga la posibilidad de convencer a la autoridad ante quien se siga el proceso de su mejor derecho para evitar se le prive en definitiva del derecho amenazado y que tal litigio se siga conforme a las reglas procesales de Derecho Positivo, que siempre se desarrolla en forma armoniosa y en etapas procesales que culminan con el dictado de una sentencia definitiva.

[29] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Novena época, Materia Constitucional, Administrativa. Segunda Sala, junio de 2007. p. 340.

8. Etapas procesales del juicio ordinario en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia

Si tenemos en consideración que para lograr un fallo donde se determine la procedencia de la usucapión, debe seguirse un juicio ordinario civil, el que sin duda se desenvuelve armoniosamente y en subsiguientes etapas procesales, procedemos ahora a examinarlas, así como los conceptos jurídicos la ley adjetiva contempla y a la luz del derecho procesal positivo guanajuatense, entidad federativa donde se expidió el Código Civil que contiene el precepto 1250, cuya inconstitucionalidad nos proponemos evidenciar. Sin embargo, malamente pudiera decirse que es nuestra intención hacer un cabal estudio de derecho procesal; lo que pretendemos es sólo destacar las etapas procesales indispensables para lograr una sentencia condenatoria en que opere la prescripción adquisitiva, a efecto de resaltar tales etapas, para que, en un análisis comparativo, y por contraste, pueda evidenciarse objetivamente la inconstitucionalidad del precepto 1250 del Código Civil para el estado de Guanajuato.

Al entrar en materia, inicialmente dejemos por sentado que el procedimiento correspondiente se sigue ante un juez de primera instancia, de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 23 y 24, del Código de procedimientos Civiles, para el nombrado estado de Guanajuato; de esta suerte el juicio se instaura ante una autoridad jurisdiccional competente, establecida con anterioridad a los hechos, fundamento del propio litigio y con ello evitamos la problemática de que en ciertos casos los tribunales previamente establecidos, no pertenecen formalmente al poder judicial.[30]

En segundo término, conveniente resulta advertir que en el caso de las demandas de usucapión, sólo proceden a petición de parte; esto es, que los órganos jurisdiccionales sólo se ponen en marcha cuando se ejerce la acción ante ellos.

Los procesalistas realizan diversas clasificaciones de los procedimientos y así Víctor Fairén Guillén, dice que existen tres tipos según su estruc-

[30] Existen verdaderos tribunales, como los especializados en materia agraria, que están facultados para resolver litigios y privar incluso a los justiciables de sus derechos y propiedades, incluidos bienes raíces. Así mismo, existen auténticos procedimientos no judiciales como el llamado "juicio de aparcería", que resuelven litigios.

tura: el dispositivo y oficial; el autoritario, acusatorio e inquisitivo y el mixto. En el primero, las partes son los protagonistas del proceso; ellas lo dominan y determinan su objetivo y alcance en función de la lucha por sus intereses; el juez aparece sin fuerza externa, como observador de tan singular combate. Lo que se obtenga es cuestión de las partes: el juez no puede intervenir aportando hechos, ni casi derecho. Se sujeta al marco rígido, de hechos y derecho que las partes le marcaron. En el segundo, el protagonista es el juez; es él quien domina el desarrollo del proceso; es él quien rechaza sin más marco las legaciones y pruebas que las partes pudieran proponerle; es él quien, con independencia de lo que las partes propongan, fija lo que debe ser objeto de prueba y los medios de hacerlo; aplica o no aplica el derecho que las partes le propusieron. Por último, el sistema mixto, participa de los principios de los dos anteriores.[31]

Hernando Devis Echandía, enseña que los sistemas dispositivo e inquisitivo "son fundamentales para la… conformación general del procedimiento, cuyo aspecto más importante es el de las pruebas, ya que de ellas depende el buen éxito o fracaso de aquél"; al referirse al sistema dispositivo en sentido amplio, afirma, es el que pretende dejar en manos de los particulares toda tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto e impulso del proceso, además de la aportación de las pruebas. En cambio, el sistema inquisitivo se caracteriza en que le han otorgado al juez, facultades oficiosas es esos diversos aspectos.[32]

Sentado que el juicio ordinario civil en la entidad guanajuatense se cataloga dentro de los sistemas procesales llamados dispositivos, procedemos ahora al análisis del desenvolvimiento del juicio ordinario civil, que es la vía indicada para demandar la prescripción adquisitiva y constataremos que en forma abstracta se regulan las etapas procesales a que hace referencia la tesis de jurisprudencia aludida en el apartado anterior y que en síntesis son: demanda; admisión de la misma; emplazamiento; contestación; (con esta se entabla el litigio y se establece la postura de las partes); periodo probatorio con sus apartados de ofrecimiento, admisión y desahogo de los medios de prueba a que haya lugar; periodo de alegatos

[31] Fairén Guillén, Víctor. *Teoría general del proceso*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, 1992. pp. 45 y ss.

[32] Devis Echandía, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*, tomo I. Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Cilzoni Editores. 2000. p. 49.

contenido en una audiencia final y por último la sentencia, acto procesal por el que culmina la instancia. Con posterioridad, procederá el recurso legal de apelación y así, el artículo 243, del Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato, establece la existencia del recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, en el entendido de que también se contienen otros recursos e incidentes para impugnar acuerdos dictados dentro del propio procedimiento, pero la segunda instancia termina con sentencia ejecutoria que alcanza el rango de cosa juzgada (artículos 363 a 365, de la Ley Procesal aplicable antes invocada). En nuestro sistema, luego del fallo de segundo grado, los artículos del 170 al 189, la *Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,* vigente a partir del año 2013, establecen la procedencia y reglas de sustanciación del llamado amparo directo.

Los textos y tratados de derecho procesal, en términos generales acogen desde épocas pretéritas, esta división por etapas del procedimiento civil, las que sustancialmente son las anotadas en el anterior párrafo. Para muestra, invocamos a un autor decimonónico: Manuel de la Peña y Peña y a uno contemporáneo: Carlos Arellano García. El primero dice que las partes de que regularmente consta la 1ª Instancia son: 1. Escrito o libelo de demanda; 2. La respuesta del reo o contestación; 3. El segundo escrito del actor que se llama réplica; 4. El escrito segundo del reo que se llama dúplica. (En la ley procesal de Guanajuato, no existe esta segunda fase); 5. La prueba, en los negocios que la exigen por su naturaleza; 6. La publicación de las mismas pruebas que en la práctica se dice probanzas; 7. El alegato de bien probado del actor; 8. El último escrito del reo contestando al de aquél y que se llama respuesta en auto; 9. La sentencia.[33]

Arellano García, por su parte, considera las siguientes: a) Fase postulatoria o de planteamiento; en ella incluye el auto inicial que recae a la demanda, el emplazamiento a la parte demandada y el auto que recae a la contestación a la demanda, en el entendido de que puede caber reconvención y la correlativa contestación; b) fase probatoria, en que se ofrecen pruebas; se determina la admisión o rechazo total o parcial de las mismas, se ordena la recepción de las admitidas y previa su preparación se procede

[33] Peña y Peña, Manuel de la . *Lecciones de práctica forense mejicana.* 1ª ed. 1835. México, Imprenta a cargo de Juan Ojeda. Ed. facsimilar, Suprema Corte Justicia de la Nación, 2002. pp. 120 y ss.

al desahogo material y jurídico de las probanzas, con apego a los cánones legales; c) fase conclusiva o de alegatos; d) fase resolutoria o de sentencia definitiva; e) fase de ejecutorización o de sentencia, en el supuesto de no interposición de recurso o de no procedencia legal de alguno; f) fase de recurso que generalmente procede ante superior jerárquico; g) fase de amparo, en la que, si el juicio de amparo procede, todavía no se habrá dicho la última palabra hasta que cause ejecutoria la sentencia definitiva de amparo y, por último, h) fase de cumplimiento o de ejecución.[34]

A pie de página, desarrollamos una breve semblanza de las etapas procesales, con mayor detalle, en el entendido de que lo hacemos de esta forma, porque, por un lado nos parece importante hacer este resumen y, por otro, estimamos conveniente no desviar la atención del tema principal.[35]

[34] *Cfr.* Arellano García, Carlos. *Derecho procesal civil.* México, Editorial Porrúa. 2011. pp. 88 y 89.

[35] El resumen lo elaboramos en los siguientes términos:

1. DEMANDA. Sin duda, todo litigio civil debe iniciar con la presentación ante *juez competente*, de la demanda relativa. Para conocer de una demanda de usucapión, en términos de los artículos 25 y 30 fr. III del Código de procedimientos Civiles de la entidad guanajuatense, es el juez de partido del lugar donde se ubique el inmueble que se pretende prescribir. En cuanto a la demanda, José Becerra Bautista, procesalista bien reconocido, inserta en su obra *El Proceso Civil en México*, la siguiente definición: "Entendemos por demanda el escrito inicial con que el actor, basado en un interés legítimo, pide la intervención de los órganos jurisdiccionales para la actuación de la norma sustantiva a un caso concreto". (Becerra Bautista, José. *El Proceso Civil en México*. México, Editorial Porrúa, 2003. p. 30). Chiovenda, nos enseña que la demanda judicial, es constitutiva de la relación procesal, sin consideración del hecho de que sea fundada o infundada como tal, produce *efectos procesales* y estos efectos corresponden al principio de la unidad de la *relación procesal*. (Chiovenda, José. *Derecho procesal civil.* Tomo I. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1980. pp. 178 y 179). "todos los actos del proceso están ligados entre sí por un vínculo común, y todos se enlazan a la demanda judicial y de ella dependen estrechamente". (*Ibidem*. p. 120.) Por último, debe resaltarse, con este autor, la correspondencia que debe existir entre la demanda judicial y la sentencia.

Este escrito inicial debe contener requisitos mínimos que se delimitan en el aforismo: *Quis, quid, coram quo, quae jure petitur, et á quo. Ordine confectus quisque libelus habet* (que en una libre traducción, significa que la demanda debe contener los datos: quien pide, ante quien se pide, de quien o contra quien se pide, qué cosa se pide, en qué se funda. *Quien elabora esto tendrá una demanda que está lleno de verdad*). (*Cfr.* Reyes Retana Pérez Gil, José Ignacio. *El juicio ordinario civil en Guanajuato y en el foro nacional.* Guanajuato, México, Publicación de la Universidad de Guanajuato. 2005. p. 128.) Carlos Arellano García, afirma: *Quis* significa quien y alude al nombre del actor; *Quid*, significa lo que, por tanto, hace referencia al objeto de la demanda, lo que el actor pide; *Coram Quo*, significa ante quien, por lo que apunta al requisito de señalar al órgano jurisdiccional; *Et a Quo*, significa de quien, por lo que alude al demandado o reo; *Quo jure petitur*, significa, la necesidad de que en la demanda se exprese el fundamento jurídico que le sirve de apoyo y *ordine*

confectus quisque libellus habet, alude a lo que debe contener una demanda adecuadamente confeccionada. (*Cfr*. Arellano García, Carlos *Ob. Cit.*).

A propósito de este dístico habrá de puntualizarse que en el *libelo inicial* se debe precisar la vía en que se pide; narrar puntualmente los hechos de donde deriva lo que se pide; se estila citar el fundamento legal de su pretensión y precisar con claridad aquello que se pide. No es requisito indispensable el que se precise el nombre técnico de la acción que se ejercita. (*Cfr.* Manresa y Navarro D., José María. *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil reformada.* Tomo V. Madrid, Imprenta de la Revista de legislación, 1891. pp. 22 y ss).

Estos requerimientos se contemplan cabalmente en lo previsto en el ordinal 331, del vigente Código adjetivo del estado de Guanajuato, precepto que se transcribe:

> Artículo 331. La demanda expresará:
>
> I. El tribunal ante el cual se promueve;
> II. El nombre y domicilio del actor y los del demandado;
> III. La vía por la cual deberá encausarse el procedimiento;
> IV. Los hechos en que el actor funde su petición, narrándolos sucintamente, con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda producir su defensa;
> V. Los fundamentos de derecho; y
> VI. Lo que se pide, designándose con toda exactitud, en términos claros y precisos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y otros órganos del Poder Judicial de la Federación, en jurisprudencia y tesis aisladas, puntualizan y dan claridad a la letra de la ley en múltiples Criterios elaborados, particularmente en el siglo pasado y en lo que transcurre del presente y se pueden consultar a partir de la Quinta época del *Semanario Judicial de la Federación*. Insertamos a continuación, una tesis representativa del tema, proveniente de la entonces Tercera Sala del Máximo Tribunal de la Nación. La tesis es del tenor literal siguiente:

> DEMANDA CIVIL, REQUISITOS DE LA. El artículo 268, fracción V, del Código de Procedimientos Civiles, dispone que en la demanda inicial, en toda contienda judicial, se expresarán los hechos en que el actor funde su petición, numerándolos y narrándolos sucintamente, con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa. Tales hechos, evidentemente que deben ser los constitutivos de la acción ejercitada, o sea, la causa de pedir, no obstante que no se haya citado el artículo correspondiente, pero si deben señalarse los hechos respectivos, especialmente, el acto o hecho que hubiese dado origen a la acción para los efectos siguientes: a) que la parte demandada pueda preparar su contestación y defensa; b) que las pruebas que hayan de rendirse en el juicio, versen precisamente y de manera directa, sobre tales hechos, y c), que el juzgador esté en aptitud de apreciar si efectivamente se satisfacen los requisitos señalados por la ley. (*Semanario Judicial de la Federación*, volumen CX. Cuarta parte, Tercera Sala, Sexta época, p. 33. Amparo directo 1903/63. Eduardo Pulido Castañeda. 4 de agosto de 1966. Cinco votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez).

Una de las observaciones de relevancia, en cuanto al contenido de la demanda y en relación con las subsiguientes etapas, consiste en que en los procedimientos que suelen llamarse de *litis cerrada*, la sentencia, como abundaremos en el apartado correspondiente, debe ser congruente con lo pedido y está vedado a los órganos jurisdiccionales alterar las peticiones o tener en cuenta hechos

que no fueron sometidos a su conocimiento al través de la demanda o en la contestación, esto es, los hechos novedosos no deben ser tenidos en cuenta. Por ello, seguramente, Chiovenda es muy puntual en incluir esta observación como un requisito de la demanda, cuando dice: "Finalmente, la demanda judicial indica el objeto *inmediato* de la acción (condena, declaración, rescisión de venta, etcétera y el objeto mediato fundo, corneliano (*sic*), caballo, precio, etc.)" (Chiovenda José. *Ob. Cit.,* II-79).

En este tenor, habremos de admitir, que es en el libelo inicial donde quedan fijadas y delimitadas, de inicio, las pretensiones del *actor,* sin que sea válido, por ejemplo mutar la petición de prescripción adquisitiva de buena fe, por una de mala fe o pretender que el juzgador tenga en cuenta y valore pruebas de hechos no narrados en el libelo inicial, V. Gr.: un documento que ampare la posesión del bien que se pretende usucapir, como pudiera ser una donación, una compraventa u otro acto jurídico semejante al que no se hubiese hecho referencia en la demanda civil. Esto tiene su justificación en la consideración de que un acto jurídico novedoso, no expuesto en la demanda, que sirva para resolver el litigio, dejaría, sin discusión alguna, en estado de indefensión a la parte contraria, por la sencilla razón de que no estuvo en aptitud de refutarlo y en su caso probar su falsedad, su inexistencia o ineficacia. En este sentido, se han pronunciados algunas de las Salas del Alto Tribunal de la Nación, en las tesis cuyo texto y rubro se insertan:

> PRESCRIPCIÓN POSITIVA. SI LA ACCIÓN SE EJERCE CON BASE EN LA POSESIÓN DE BUENA FE, EL JUZGADOR SE ENCUENTRA IMPEDIDO PARA ANALIZAR DE OFICIO LA POSESIÓN DE MALA FE. Si se atiende al principio de congruencia en las sentencias, conforme al cual el juzgador solamente debe atender a las acciones y excepciones hechas valer por las partes en el juicio, sin introducir cuestiones ajenas al debate, se concluye que cuando la prescripción se ejerce con base en una posesión de buena fe, el Juez no puede analizar de oficio la existencia de una posesión de mala fe, ya que ésta no fue planteada en la demanda, porque de lo contrario se dejaría en estado de indefensión al demandado, en tanto que su defensa se endereza contra lo abordado en aquélla, por lo que si la parte actora al hacer valer su acción de prescripción aduce ser poseedor de buena fe, en caso de no acreditarse la posesión en esos términos, el juzgador está impedido para analizar si la que ostenta el actor es de mala fe, pues ello no forma parte de la *litis* planteada. (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* tomo XXIII, febrero de 2006. Novena época. Primera Sala, p. 441. Contradicción de tesis 200/2005-PS. Unanimidad de cinco votos).

> DEMANDA, HECHOS NO CONTENIDOS EN LA, NI EN SU CONTESTACIÓN. NO PUEDEN ESTAR SUJETOS A PRUEBA. Las pruebas tienen por objeto demostrar los hechos expuestos en la demanda o en la contestación de la misma, y si éstas no los contienen, falta la materia misma de la prueba; pues malamente podría permitirse que sólo hasta el desahogo de las pruebas ofrecidas fuera el momento procesal en el que se precisaran los hechos; pues ello, independientemente de establecer una variación de la *litis*, implicaría colocar a la parte demandada en un estado de indefensión, dado que no se le permitiría probar, por no ser la oportunidad procesal, sobre hechos que no fueron materia del debate. (*Semanario Judicial de la Federación*, volumen 97-102. Séptima época. Cuarta parte, Tercera Sala, p. 46. Amparo directo 304/76. Sara Luz Landgrave de Cruz. 18 de febrero de 1977. Cinco votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Gabriel Santos Ayala).

> SENTENCIAS. CONGRUENCIA DE LAS. Para que las sentencias sean congruentes, únicamente se podrán ocupar de las personas, cosas, acciones y excepciones que hayan sido ma-

teria del juicio, esto es, es necesario que exista conformidad, entre lo resuelto por el órgano jurisdiccional y la demanda, contestación y demás prestaciones deducidas oportunamente por las partes, sin que sea posible tomar en consideración hechos distintos de los argumentados, ya que esto implicaría la alteración de la *litis* planteada y, por consiguiente, que se dejara inaudita a una de las partes. (*Semanario Judicial de la Federación,* volumen 217-228. Séptima época. Cuarta parte, Tercera Sala, p. 301. Amparo directo 4941/86. Alfonso Quiroz González y María del Carmen Quiroz González. 26 de marzo de 1987. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María del Carmen Arroyo Moreno).

Por último, es relevante reiterar que en los asuntos donde se ejercita la acción de prescripción adquisitiva, la *litis* es cerrada, por lo que no es posible adicionarla y narrar nuevos hechos, salvo el caso en que hubiere reconvención, lo cual es frecuente, porque la experiencia demuestra, dicho sea de paso, que múltiples casos se reconviene la reivindicación del bien.

Emplazamiento. Una vez admitida la demanda, el paso siguiente es el *emplazamiento*, el cual consiste, en breves palabras, *en correr traslado*, o sea en entregar a la persona contra quien se proponga, copia de la demanda y de sus anexos, con la finalidad de que se conteste la misma. En razón de lo anterior, la forma en que se realiza, tiene íntima relación con las citaciones o notificaciones; por ello compartimos la observación de Reyes Retana, en cuanto apunta que "el emplazamiento no es otra cosa que una notificación muy importante en el proceso, mediante la cual se llevan a cabo diversas situaciones en relación al proceso". (Reyes Retana Pérez, Gil. *Ob. Cit.*, p. 135).

El insigne don José María Manresa y Navarro, hace una distinción técnica entre las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos; al efecto tenemos que: "Se entiende por notificación el acto de hacer saber a los interesados en un asunto judicial la providencia, auto o sentencia que en él ha recaído". "Por citación se entiende el llamamiento que se hace en orden del juez o del tribunal a cualquier persona, sea o no parte en el juicio, para que concurra a un acto judicial que pueda pararle perjuicio, o en que sea necesaria su intervención". "Por emplazamiento se entiende concretamente, el llamamiento que se hace a los litigantes para que comparezcan en juicio a defenderse o a hacer uso de su derecho. Se emplaza al demandado para que comparezca a contestar la demanda…" "Se da el nombre de requerimiento, al acto de amonestar o intimar de orden judicial a una persona, sea o no litigante, para que haga o deje de ejecutar alguna cosa". (*Cfr.* Manresa y Navarro D., José María. *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil reformada.* Tomo I. Madrid. Imprenta de la Revista de Legislación. 1891. pp. 516 y ss.)

Teniendo en cuenta las particularidades del emplazamiento, consideramos que no es ocioso transcribir las definiciones doctrinarias que algunos autores han elaborado y donde hace referencia y resaltan estos elementos de esta especial citación judicial; así tenemos la que Eduardo Pallares nos proporciona en su conocido diccionario: "El emplazamiento a juicio es un acto procesal mediante el cual se hace saber a una persona que ha sido demandada, se le da a conocer el contenido de la demanda y se le previene que la conteste o comparezca a juicio, con el apercibimiento (en la legislación vigente), de tenerlo por rebelde y sancionarlo como tal si no lo hace. El emplazamiento es, por tanto, un acto complejo" (Pallares Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil.* 8ª ed. México, Editorial Porrúa, S.A., 1975. p. 334.)

El profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, Cipriano Gómez Lara, dice que el emplazamiento puede definirse como: "el acto formal en virtud del cual se hace saber al demandado la existencia de la demanda entablada en su contra por el actor y la resolución del juez

que, al admitirla establece un término (plazo) dentro del cual el reo debe comparecer a contestar el libelo correspondiente" (Gómez Lara Cipriano. *Teoría general del proceso.* 10ª ed. 9ª reimp. México, Oxford University Press, 2009. p. 270).

Por lo demás, no debe perderse de vista que es este el acto de comunicación procesal más importante, en la medida en que, de no realizarse adecuadamente y conforme a las regla de citación que se contienen en los códigos, siempre rodeada de formalidades, el demandado no podrá, por no ser de su conocimiento, saber de la demanda que pesa en su contra, de modo que debe concluirse con los criterios del máximo tribunal contenidos en multitud de tesis, que éste (el llamamiento a juicio) forma la columna vertebral de la garantía de audiencia, incluso la Jurisprudencia actual previene que opere la suplencia de la queja deficiente, dada la importancia y trascendencia de la violación tan grave que entraña el no llamamiento o el defectuoso llamamiento a juicio. Insertamos a continuación la tesis identificada con el número P./J.149/2000, del siguiente tenor:

> SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LA QUEJA EN LAS MATERIAS CIVIL, MERCANTIL Y ADMINISTRATIVA. PROCEDE RESPECTO DE LA FALTA O DEL ILEGAL EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO AL JUICIO NATURAL. Conforme a lo dispuesto por la fracción VI del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, en materias distintas a la penal, agraria y laboral, opera la suplencia de la deficiencia de los conceptos de violación y de los agravios cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa. Ahora bien, si el emplazamiento del demandado al juicio natural constituye una formalidad esencial del procedimiento por ser necesario para una adecuada defensa, se sigue que la falta de verificación de tal emplazamiento o su práctica defectuosa se traduce en una violación manifiesta a la ley que produce indefensión, pues se estaría ante la infracción procesal de mayor magnitud y de carácter más grave dada su trascendencia en las demás formalidades del procedimiento al afectar la oportunidad de alegar y de ofrecer y desahogar pruebas, lo que obliga a los juzgadores de amparo a suplir la queja deficiente al respecto y, por tanto, a no dejar de examinar esa cuestión sólo porque el planteamiento específico no se haya hecho valer en la demanda de garantías, no pudiendo estimarse inoperantes los agravios relativos por esa razón. (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Tomo XII, diciembre de 2000. Novena época. Pleno. p. 22. Contradicción de tesis 34/97. 24 de octubre de 2000. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot).

Desde otra perspectiva, la citación debe ocurrir dentro de un *plazo* prudente (de ahí se deriva la voz emplazamiento). Tal plazo no debe ser tan largo que contravenga la expeditez del procedimiento, ni tan corto que haga nugatoria la oportunidad de defensa del demandado; por ejemplo, resultaría indebido si se otorgara un plazo de unas cuantas horas para contestar la demanda, como sería también indebido el que se dieran meses para ese efecto, en un *ejemplo al absurdo.*

En la legislación procesal del estado de Guanajuato, se señalan nueve días para contestar la demanda. Cabe advertir que las reglas para el emplazamiento en lo general, tienden a rodear de seguridad jurídica la diligencia correspondiente para lograr su efectividad, como se desprende de lo preceptuado en el artículo 336 del Código de Procedimientos Civiles para esta entidad federativa, que es el precepto legal que establece los nueve días de que se ha hecho mención. Por lo demás, el numeral 337, de la legislación en comento, establece los efectos del emplazamiento en los siguientes términos:

Artículo 337. Los efectos del emplazamiento son:

I. Prevenir el juicio a favor del juez que lo hace;
II. Sujetar al emplazado a seguir el juicio ante el juez que lo emplazó, siendo competente al tiempo de la citación;
III. Obligar al demandado a contestar ante el juez que lo emplazó, salvo siempre el derecho de promover la incompetencia; y
IV. Producir todas las consecuencias de la interpelación judicial.

En este apartado, es conveniente tener en cuenta las consecuencias que la propia ley procesal establece para quienes no contesten la demanda, siempre resultan terribles, porque, de hacer caso omiso, el reo con quien se hubiese entendido personal y directamente el llamamiento a juicio, se le tendrán por confesos los hecho narrados por su contraria. Tales consecuencias se contienen en el precepto legal que a continuación se inserta:

> Artículo 341.-Cuando haya transcurrido el término del emplazamiento, sin haber sido contestada la demanda, se tendrán por confesos los hechos, siempre que el emplazamiento se haya hecho personal y directamente con el demandado, su representante o su apoderado; quedando a salvo sus derechos para probar en contra. En cualquier otro caso se tendrá por contestada en sentido negativo.

Finalmente, sólo resta concluir que la garantía de audiencia se vería vulnerada cuando no se llama a juicio o se emplace incorrectamente al demandado y que cuando ignora la existencia de la demanda, malamente puede decirse que se integra la relación procesal y el litigio; así, sólo resta apuntar que cuando esto ocurre los tribunales de la federación deberán resarcir al agraviado por la violación a la garantía de audiencia. La procedencia del *juicio de amparo indirecto*, se contempla en el artículo 107 Fracción VI, de la Nueva Ley de la materia.

2.- CONTESTACIÓN. Los procesalistas en torno al tema referente a la *contestación de la demanda* inician su estudio desde diversos ángulos, pero todos arriban a la misma conclusión: la esencia de dar oportunidad al demandado se traduce **e**n una etapa indispensable para satisfacer el derecho de defensa consagrado en el artículo 14 constitucional; así José Ovalle Favela inicia el estudio del capítulo 4º de su obra: Derecho procesal civil, del título "actitudes del demandado" con estas precisas ideas. (Ovalle Favela José. *Derecho procesal Civil*. 9ª ed. México, Oxford University Press. 2010. p. 69).

Carlos Arellano García, afirma que en el ámbito del vocabulario procesal, la contestación hace referencia a la respuesta que la parte demandada da a las pretensiones del actor contenidas en el escrito de demanda. Por tanto en el lenguaje forense, la contestación es al demandado, lo que la demanda es al actor. (Arellano García Carlos. *Ob. Cit.*, p. 181 y ss.)

En este mismo sentido, Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga afirman que la contestación tiene la misma naturaleza que la demanda, incluso dicen que "la contestación es la "demanda del demandado". No obstante, hacen la acertada observación en el sentido de que éste puede colocarse en situación de rebeldía, e incluso allanarse a las pretensiones del actor; es más, al igual que otros autores, se refieren al caso de reconvención, llamada también *contrademanda.* (De Pina Rafael y Castillo Larrañaga José. *Derecho procesal Civil.* 10ª ed. México, Editorial Porrúa S.A. 1974. pp. 408 y ss.) A ésta le resultan aplicables las disposiciones y los comentarios que se realizan en torno

a la demanda, por lo que nos remitimos a lo dicho sobre ésta. Sólo cabe adicionar que el origen de la palabra *reconvención* se debe al derecho canónico; que fue Papiniano quien atribuyó al juez no sólo la facultad de absolver al demandado, sino de condenar al mismo actor; que la característica de la demanda reconvencional es que podría proponerse en juicio por separado, es decir, que es autónoma y que Becerra Bautista afirma que *la reconvención no es otra cosa que una acción ejercitada por el demandado, en una relación procesal ya existente*. (Becerra Bautista José. *Ob. Cit.*, pp. 66 y 67). En cuanto al contenido del escrito de demanda, nos remitimos a la letra de la ley, en tanto los preceptos que en seguida se insertan son claros al respecto.

> Artículo 338. La demanda deberá contestarse negándola, confesándola u oponiendo excepciones. El demandado deberá referirse a todos y cada uno de los hechos comprendidos en la demanda, afirmándolos, negándolos, expresando los que ignore por no ser propios o refiriéndolos como crea que tuvieron lugar. Se tendrán por admitidos los hechos sobre los que explícitamente el demandado no suscitare controversia, sin admitírsele prueba en contrario. La negación pura y simple del derecho importa la confesión de los hechos; la negación de estos no implica la negación del derecho.
>
> Artículo 339. Las excepciones y defensas que se tengan, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer al contestar la demanda; sólo las supervenientes y aquellas de que no haya tenido conocimiento el demandado al contestar podrán oponerse después, hasta antes de la audiencia final del juicio; pero no serán admitidas después de cinco días de que haya tenido conocimiento de los hechos en que se funden.
>
> Artículo 342. Si al contestar la demanda se opusiere reconvención, se correrá traslado de ella al actor, para que la conteste; observándose lo dispuesto en los artículos anteriores sobre la demanda y la contestación.

Sólo resta hacer hincapié en que es en el escrito de contestación, donde el demandado tiene oportunidad y obligación procesal de hacer valer lo que a su interés convenga, como la tuvo el actor al presentar su demanda, por tal motivo, los procesalistas, como Becerra Bautista, observan que como el proceso supone la existencia de dos sujetos con intereses distintos y quizá antagónicos, el demandado en contra de quien se instaura una acción, tiene el mismo derecho de pedir justicia, idéntico al del actor: *reus in excipiendo fit actor* (el reo cuando se excepciona se convierte en actor); (Becerra Bautista José. *Ob. Cit.*, pp. 3 y ss.) después, invoca a Carnelutti y expresa que las partes tienen verdaderos derechos subjetivos procesales; distintos de los derechos subjetivos hechos valer y que son derechos subjetivos públicos porque se dirigen al Estado- Juez, para que éste cumpla con la obligación que tiene de administrar justicia.

3. LITIS. Al recibir la contestación, se integra la *litis*, es decir, la *liga* entre las pretensiones del actor y lo opuesto por la demandada. Los autores apenas citados, observan que al suprimirse en los códigos civiles, como es el caso del de la entidad federativa guanajuatense, las antiguas etapas procesales de réplica y dúplica, la consecuencia es, precisamente que la *litis quede fijada*, con los escritos de demanda y contestación y sobre los puntos que versen y en los términos que se entable la controversia, deberá ser el límite y contenido de la sentencia que decida el pleito judicial (*Cfr.* De Pina Rafael y Castillo Larrañaga José. *Ob. Cit.*, p. 410); no se omite hacer alusión a que existen, eventualmente, algunas circunstancias que sobrevienen en los procedimientos y que obligan

a efectuar un replanteamiento de la *litis*, como en el caso de la ampliación de demanda, de la acumulación, del litisconsorcio pasivo necesario y de otros análogos; empero, lo destacable en este punto, es dejar bien clara la importancia de la fijación de la *litis* y el papel decisivo que tiene en el proceso, tanto delimita a éste y a su contenido.

En cuanto al Derecho Positivo tenemos, el Código adjetivo para la entidad, establece:

> Artículo 71. Dos partes se encuentran en litigio cuando una pretende que el Derecho apoya en su favor un interés en conflicto con el interés de la otra y ésta se opone a la pretensión, o, aun no oponiéndose, no cumple con la obligación que se le reclama.

Manteniendo este orden de ideas, cabe decir, que en sistemas procesales como el que es objeto de examen, de los llamados de *litis cerrada*, al fijarse ésta, las cuestiones que no se contengan en lo narrado en la demanda y lo expuesto en la contestación, queda fuera de lo debatido en el juicio y la contienda debe ser resuelta, dentro de los límites del propio *litigio.* En tal contexto, podremos decir que incluso al juez le está vedado introducir cuestiones ajenas a las propuestas, con excepción, de ciertas materias que merecen un especial tratamiento, como pudiera ser el caso de menores, de los incapaces y de algunos otros que por sus particulares circunstancias así lo merecen.

A título de corolario, bien podemos establecer: lo expuesto en los escritos donde las partes en ejercicio de sus derechos de acción y contradicción, hacen valer en el proceso lo que a su interés corresponde, conforma y fija la *litis*; con ello nace el *litigio*, vocablo que incluso se utiliza, en el *argot* de los abogados, para dar a entender, coloquialmente, que alguien o algo se encuentra inmerso y sujeto a una controversia jurisdiccional.

4. PERIODO PROBATORIO. En este apartado nos proponemos simplemente describir algunos aspectos necesarios para los fines de nuestro trabajo, porque hablar de la prueba, implica abordar multitud de temas extensos, difíciles y polémicos; por este motivo no faltamos a la verdad si decimos que quienes han escrito *sobre la prueba*, se han visto en la necesidad de elaborar libros voluminosos, estudios completos y verdaderos tratados sobre la materia. Como un simple apuntamiento, diremos que entre la temática que abordan, deben examinar y fijar su postura, entre otras cuestiones problemáticas, sobre si las pruebas procesales convienen a todo procedimiento; si son convenientemente aplicables a distintas materias; presupone distinguir entre obligación y carga procesales; si sólo los hechos o también el derecho o en qué casos son objeto de prueba; la prueba frente a hechos negativos, constitutivos, extintivos, impeditivos; establecer las pruebas permitidas por la ley; las que son contrarias a la moral o al derecho; los hechos notorios; si los códigos engloban bajo el rubro de la prueba no sólo lo que estrictamente debe considerarse como tal, sino otras mecánicas y procedimientos; las facultades del juzgador para valerse de terceros o de documentos; los límites y reglas para allegarse medios que le permitan conocer la verdad; los sistemas (libre, tasado y mixto que los códigos emplean al establecer reglas de valoración) y otras muchas cuestiones, e incluso se dice que "hablar de una teoría de la prueba, presupone la aceptación de la teoría general del proceso y de su significación […] y es que en el fondo se vuelve a plantear en la materia probatoria lo relativo a la unidad o diversidad de la disciplina científica". (De Pina Rafael y Castillo Larrañaga José. *Ob. Cit.*, p. 410).

En este entendido, a fin de aproximarnos al concepto de prueba judicial, invocamos la autoridad de Eduardo Pallares, de quien, en su famoso diccionario, se lee: "PRUEBA. Probar es producir un

estado de certidumbre en la mente de una o varias personas respecto de la existencia o inexistencia de un hecho, o de la verdad o falsedad de una preposición. También puede decirse que probar es evidenciar algo, esto es, lograr que nuestra mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las materiales. Aunque los términos probar o demostrar son sinónimos, con más frecuencia se usa la palabra demostrar para referirse a la actividad que tiene como término la falsedad o verdad de una proposición. La prueba de los hechos concierne principalmente a las ciencias experimentales, mientras que la demostración predomina en las ciencias deductivas y en la filosofía". (Pallares Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil.* 8ª ed. México, Editorial Porrúa, S.A. 1975. 657 y 658).

Reyes Retana, dice que por probanza judicial se entienden: *las razones o motivos para llevarle a un juez la certeza sobre los hechos.* Luego, en cuanto a los medios de prueba, destaca su calidad de instrumentos o vehículos aceptados por la ley para llevar elementos de convicción al ánimo del juzgador para moldear o complementar su criterio e inserta la siguiente definición: "por prueba debemos entender la actividad que se realiza dentro del proceso y cuyo resultado es demostrar la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación". (Reyes Retana. *Ob. Cit.*, p. 152).

En cuanto al Derecho Positivo tenemos que el Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato, se transcriben algunos de sus numerales, en el entendido de que sólo se copian los necesarios para nuestros fines. En tales preceptos se dispone:

> Artículo 346.- Transcurrido el término para contestar la demanda o la reconvención, en su caso, el juez abrirá el juicio a prueba, por un término de treinta días.
>
> Artículo 347.- Ninguna de las partes puede oponerse a que se reciba el juicio a prueba, aun alegando que las ofrecidas son inverosímiles o inconducentes.
>
> Artículo 82.- Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.
>
> Artículo 83.- Los tribunales podrán decretar, en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica, repetición o ampliación de cualquiera diligencia probatoria, siempre que se estime necesaria y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos. En la práctica de esas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar los derechos de las partes, y procurando en todo su igualdad.
>
> Artículo 84.- El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo sus excepciones
>
> Artículo 96.- La Ley reconoce como medios de prueba:
>
> I. La confesión;
> II. Los documentos públicos;
> III. Los documentos privados;
> IV. Los dictámenes periciales;
> V. El reconocimiento o Inspección judicial;
> VI. La testimonial;

VII. Las fotografías, las notas taquigráficas, la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia; y

VIII. …derogada… (Esta fracción, antes de ser derogada, contemplaba a *las presunciones* como medio específico de prueba, pero por el predominio de doctrinas procesales, en el sentido de que más que una prueba, las presunciones son razonamientos del juzgador, (opinión sostenida principalmente por Carnelutti) consideramos, fue la razón por la que se optó por suprimir la citada fracción VII, del Art. 96 en comento.

Artículo 203.- No tendrán valor alguno las pruebas rendidas con infracción de lo dispuesto en los artículos precedentes de este título, a menos que sólo teniéndolas en consideración pueda el tribunal formar su convicción respecto a los hechos de que se trata. En esta parte deberá fundar especial y cuidadosamente esta parte de su fallo.

Artículo 348.- Las pruebas ofrecidas oportunamente, que no se hayan recibido por causas independientes a la voluntad de los interesados, se recibirán, a solicitud de parte, en el término que prudentemente fije el juez.

Contra el auto que ordene su recepción no cabrá ningún recurso.

En referencia a los artículos antes trascritos, opinamos que la ley procesal es clara en establecer la obligación del juez de abrir el juicio a prueba; el periodo (treinta días) de que se trata; la ausencia de facultades para oponerse al desahogo de pruebas; las atribuciones del órgano jurisdiccional para allegarse los medios que considere convenientes a fin de esclarecer la verdad y algunas reglas para tal fin, así como el listado de los medios probatorios.

En este orden de razones, tenemos que si la tarea del juez es precisamente *decir el derecho*, porque esto significa la palabra *jurisdicción,* y esta tarea conlleva la necesidad de conocer la verdad de los hechos en que los litigantes apoyan sus argumentos y las pruebas son el sostén para evidenciar les asiste la razón y está a su favor el derecho que afirman tener; es obvio que ante una controversia así entendida, se hace imprescindible que al juzgador se le dote de facultades, a efecto de allegarse los medios de convicción necesarios, dada su misión que le obliga a formarse un certero juicio de lo sometido a su potestad.

Por ello, deben valerse de instrumentos, cálculos y proposiciones periciales y de otros medios idóneos para así arribar de una verdad conocida a otra desconocida, muchas veces encubierta con apariencia de verdad y no en pocas ocasiones entintadas con aspectos psicológicos; por ello es correcto que la ley les proporcione facultades amplias para allegarse de los medios de prueba idóneos, sin obstaculizar la búsqueda de la verdad histórica, que idealmente debe coincidir con la verdad formal.

No inadvertimos que la ley procesal aparentemente al menos, *no limita* la atribución de rodearse de las pruebas necesarias, puesto que el catálogo de medios probatorios es amplio y permite al juez valerse de personas, cosas o documentos, aun cuando provengan de terceros, sin más limitación de que se trate de *pruebas reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos* y que si bien, el infratranscito artículo 83, de la ley procesal en comento, faculta a los tribunales para practicar y desahogar pruebas e incluso repetir las antes evacuadas; es más, el diverso numeral 203, del mismo cuerpo de leyes, permite valorar pruebas desahogas con infracción las formalidades de ley; sin embargo, en la práctica los juzgadores en un muy alto porcentaje de los

procedimientos que les son sometidos a su potestad, se limitan a desahogar las que les ofrecen las partes litigantes y en escasas ocasiones aplican los dispositivos 83 y 203, antes citados.

En este lugar debemos referirnos a la prohibición para el juez de basar sus decisiones en el conocimiento personal y extraprocesal que pueda tener sobre los hechos, prohibición que según Devis Echandía, implícitamente el legislador la consagró en cuanto estableció los medios de prueba admisibles en los procesos. (Devis Echandía, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. p. 246 y 247). En otra de sus obras, asevera que esos hechos conocidos personalmente por el juez, no quedan eximidos de prueba y se aplica el principio *Quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en los autos, no está en el mundo). (Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba.* Tomo I. Bogotá. Editorial Themis, S.A. 2002. pp. 222 y ss).

En este lugar conviene referirse al *hecho notorio*, mismo que bien puede invocarse por el juzgador, en cualquier instancia y cuya idea, en breves palabras, se remite a aquellos que son conocidos por una universalidad de personas, al menos de los pertenecientes a una cierta región o a un cierto círculo respecto del cual, se entiende, conocen *necesariamente.* Por ejemplo, nadie ignora la existencia de la Segunda Guerra Mundial ni el terremoto que sacudió la ciudad de México en el año de 1985, como tampoco puede afirmarse que el juez desconoce el nombre del Presidente de la República de su país. Es de comentarse, en relación al *hecho notorio*, que a pesar de que no quedó enumerado en ninguna de la fracciones del artículo 96, de la Ley procesal, inserto en párrafos anteriores, es en realidad un medio, en ocasiones idóneo para solucionar algún litigio y de importancia extrema, al grado que autores como Devis Echandía, la notoriedad suficiente de un hecho de esta naturaleza, permanente o transitorio, tiene como resultado que se exima de la prueba de ese hecho en el proceso (*Ibidem*).

Continuando con el mismo orden de ideas, pero en relación a otros aspectos de la prueba, como simple comentario, queremos, apuntar que el código procesal no es categórico, al menos, en lo referente a la antigua discusión, de que no deben admitirse ni desahogarse pruebas *contrarias a la moral y al derecho*, según fórmula de anteriores legislaciones; sólo preceptúa en la última parte del artículo 90, que *cuando la recepción de una prueba pueda ofender la moral, las diligencias respectivas serán reservadas,* lo que pudiera interpretarse en el sentido de que aun las pruebas que van contra la moral, deben desahogarse.

En conclusión decimos con Eduardo Pallares que *la prueba es un elemento esencial del juicio* y que "efectivamente lo es, porque en los juicios es necesario demostrar, por una parte, la existencia de los hechos en que las partes fundan sus pretensiones, y por otra, la verdad de las afirmaciones y razonamientos formulados por ellos". (Pallares, Eduardo. *Derecho procesal civil.* 5ª ed. México, Editorial Porrúa S.A., 1974. p. 351). Así, en breves palabras, resumimos que es en esta etapa donde las partes aportan sus pruebas y que sin ella, el juicio mismo se volvería inútil y el derecho fundamental del debido proceso se tornaría nugatorio, como se explica en la tesis cuyo texto y rubro se inserta:

> AUDIENCIA, GARANTÍA DE. PARA QUE SE RESPETE EN LOS PROCEDIMIENTOS PRIVATIVOS DE DERECHOS, LA OPORTUNIDAD DE PRESENTAR PRUEBAS Y ALEGATOS DEBE SER NO SÓLO FORMAL SINO MATERIAL. La Suprema Corte ha establecido que dentro de los requisitos que deben satisfacer los ordenamientos que prevean procedimientos que puedan concluir con la privación de derechos de los gobernados se encuentran los de ofrecer y desahogar pruebas y de alegar, con base en los elementos en que el posible

> afectado finque su defensa. En las leyes procedimentales, tales instrumentos se traducen en la existencia de instancias, recursos o medios de defensa que permitan a los gobernados ofrecer pruebas y expresar argumentos que tiendan a obtener una decisión favorable a su interés. Ahora bien, para brindar las condiciones materiales necesarias que permitan ejercer los medios defensivos previstos en las leyes, en respeto de la garantía de audiencia, resulta indispensable que el interesado pueda conocer directamente todos los elementos de convicción que aporten las demás partes que concurran al procedimiento, para que pueda imponerse de los hechos y medios de acreditamiento que hayan sido aportados al procedimiento de que se trate, con objeto de que se facilite la preparación de su defensa, mediante la rendición de pruebas y alegatos dentro de los plazos que la ley prevea para tal efecto. (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena época, Pleno, abril de 1998, tomo VII, tesis XXXV/98. p. 21).

A continuación, nos haremos cargo de algunos aspectos técnicos y de los pasos indispensables para obtener exitosamente el resultado de las pruebas; nos referimos a la necesidad de los aspectos ordenados del ofrecimiento, admisión y desahogo de las pruebas, con la advertencia de que simplemente los enumeraremos y sólo cuando haya necesidad de algún comentario adicional, nos detendremos para realizarlo.

A. Ofrecimiento. En palabras de Carlos Arellano García, tenemos que: "A la etapa procesal, dentro del periodo probatorio, en las que las partes pueden proponer las pruebas con las que pretenden apoyar los hechos que han aducido, se le denomina de ofrecimiento de pruebas…En el sistema donde prevalece la iniciativa de parte, corresponde a cada una de las personas físicas o morales que tienen el carácter de parte en el proceso, ofrecer las pruebas que pretenden se admitan y se proceda a su desahogo conforme a la ley." (Arellano García, Carlos. *Derecho procesal civil. Ob. Cit.*, pp. 241 y ss.) En otro aspecto, tenemos que el código procesal establece reglas particulares para la prueba documental, pero en general contempla una dilación probatoria de treinta días, en el entendido de que para cada una de las pruebas en particular se señalan los días de su ofrecimiento; así se desprende de los preceptos legales que en seguida se copian: "Artículo 33.- Con la demanda se acompañarán todos los documentos que el actor tenga en su poder y que hayan de servir como prueba de su parte, y los que se presenten después, con violación de este precepto, no le serán admitidos. Sólo le serán admitidos los documentos que le sirvan de prueba contra las excepciones alegadas por el demandado, los que fueren de fecha posterior a la presentación de la demanda y aquellos que, aunque fueren anteriores, bajo protesta de decir verdad asevere que no tenía conocimiento de ellos". "Artículo 332.- Con la demanda deba presentar el actor los documentos en que funde su acción…" "Artículo 346.- Transcurrido el término para contestar la demanda, o la reconvención, en su caso, el juez abrirá el juicio a prueba por un término de treinta días". En cuanto a la prueba confesional de posiciones, el artículo 105, dice que todo litigante está obligado a absolverlas, dentro de los veinte días del término probatorio ordinario o extraordinario; para la prueba pericial, el ordinal 149, establece que la parte que de rendir tal prueba, deberá promoverla dentro de los primeros diez días del término ordinario extraordinario; en cuanto al reconocimiento o inspección judicial el segundo párrafo del artículo 164, señala que *la parte que desee ofrecer esta prueba, lo deberá hacer dentro de los quince días del término ordinario o extraordinario, en su caso*; para el ofrecimiento de la testimonial, la ley otorga quince días del propio término ordinario o extraordinario; finalmente, para las fotografías, notas taquigráficas, y, en general, todos aquellos

elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia, el segundo párrafo del numeral 192 del código de que se trata otorga quince días del término de prueba, contados a partir de que ese periodo comienza. No obstante lo anterior, y a pesar de que para cada una de las probanzas en particular, se establece un término para ofrecerlas, el legislador previó (artículo 349, segundo párrafo), que *en toda dilación probatoria respecto de la cual no se disponga en este código la forma y tiempo de proponer o recibir las pruebas, el juez lo determinará en el auto que la conceda, teniendo en consideración la naturaleza de los hechos que han de probarse y de las pruebas que han de rendirse.*

B. Admisión. Luego de que se ofrecen las pruebas, es obligación del juzgador proveer sobre el particular, admitiéndolas o desechándolas. En relación a este apartado, cabe advertir que no existen en el Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato un precepto similar al artículo 298 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual sí previene en forma expresa que "al día siguiente en que termine el periodo de ofrecimiento de pruebas, el juez dictará resolución en la que determinará las pruebas que se admitan sobre cada hecho…" Sin embargo, esto obedece al sistema procesal que cada legislación adopta; pero ello no significa que el juez no deba pronunciarse sobre cada una de las pruebas que se ofrezcan, porque a cada libelo o petición escrita, debe proveerlo al día siguiente de su presentación, en atención ya que conforme a lo ordenado en los artículos 63 y 226, ambos de ley procesal guanajuatense, el secretario debe dar cuenta con las promociones dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación y, el juez, salvo el caso en que se requiera citación para audiencia, proveerá en seguida. En cuanto a las reglas para admitir las pruebas, se debe estar al caso específico y en cada procedimiento se acordará lo que en derecho proceda, sin que sea el caso de examinar en este trabajo, al detalle, la procedencia o improcedencia en relación a su admisión o desechamiento, porque escapa a sus fines.

C. Desahogo. De inicio se impone recordar, aun y cuando este aserto sea evidente, que las pruebas o medios allegados a la causa a fin de que el juzgador pueda producir su resolución que ponga fin al conflicto jurisdiccional, son de naturaleza variada, por lo que resulta útil la clasificación de las pruebas que los teóricos del derecho procesal realizan, entre la que se encuentra la de las pruebas *preconstituidas y las por constituir*, entendiéndose, conforme a los lineamientos que proporciona José Ovalle Fabela, que las primeras existen previamente al proceso, como en el caso típico de los documentos. Las pruebas por constituir son aquellas que se realizan sólo durante y con motivo del proceso, como la declaración testimonial, la inspección judicial, los dictámenes periciales y otras más. (Ovalle Fabela, José. *Ob. Cit.*, pp. 146 y 147.)De lo anterior se sigue que las primeras, siguiendo el ejemplo recurrente de las documentales, por lo general simplemente se exhiben para ser agregadas a los expedientes (aun los electrónicos, conforme lo admita la tecnología y en los códigos que previenen su existencia) y tales documentos también denominados algunos de ellos *pruebas instrumentales*, por su naturaleza, se les tiene por desahogadas con su sola admisión. En cuanto a las pruebas por constituir, o que *han de hacerse*, por lo general, en los códigos procesales, se establecen tiempos y pasos a seguir para lograr el desahogo de las mismas. Pero bien pudiera suceder que se tratase de alguna probanza que por sus características se aparte de las más comunes, se deja entonces al juez quien conoce del asunto, cierta libertad para establecer tiempo y formas en que se deban desahogar. Así se desprende de la letra del precepto 349, al que antes hemos aludido ya, pero que resulta conveniente insertar en la parte que nos interés y que preceptúa: "Artículo 349.- "…" En toda dilación probatoria respecto de la cual no se disponga en este Código la forma y tiempo de proponer o recibir las pruebas, el juez lo determinará en el auto que la conceda, teniendo en con-

sideración la naturaleza de los hechos que han de probarse y de las pruebas que han de rendirse". Resta sólo referir que el Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato, en sus artículos 82 y 83, otorga al juez o tribunal, según corresponda la competencia y el conocimiento de la instancia, la facultad de lo que en la doctrina procesal se conoce como *diligencias para mejor proveer*, lo que entraña que aun sin petición de parte interesada, y para conocer la verdad el juzgador, el juzgador puede valerse de cualquier persona, cosa o documento, sin importar que tampoco que deba obligarse a terceros extraños a la relación procesal, incluidas las autoridades de cualquier nivel, con obligaciones elementales, como el fundar y motivar sus proveídos y el que sirvan precisamente para conocer la verdad histórica y decidir el litigio.

5. Alegatos. Eduardo Pallares, en una fórmula bien acuñada, precisa: "ALEGATOS. La exposición razonada, verbal o escrita, que hace el abogado para demostrar, conforme a derecho, que la justicia asiste a su cliente". (Pallares, Eduardo. *Diccionario de derecho procesal Civil. Ob. Cit.*, p. 78.)Becerra Bautista, por su parte, propone la siguiente definición: "Alegatos son las argumentaciones jurídicas tendientes a demostrar al tribunal la aplicabilidad e la norma abstracta al caso controvertido, con base en las pruebas aportadas por las partes". Recuerda que el caso controvertido es de naturaleza jurídica y cada una de las partes tiende a demostrar al juez los hechos constitutivos de la acción o los extintivos o impeditivos de las excepciones hechas valer; (por razones obvias, la demandada pugnará por evidenciar la procedencia de las excepciones y defensas que hizo valer); por ello sostiene que, "en síntesis, los alegatos son un silogismo mediante al cual se llega a la conclusión de que la norma sustantiva tiene aplicación a los hechos controvertidos en la forma en que han quedado demostrados". (Becerra Bautista José. *Ob. Cit.*, p. 165.) El análisis comparativo de lo expresado por estos reconocidos procesalistas, obtenemos que son coincidentes en apuntar que la finalidad de los alegatos es demostrar al juzgador que asiste la razón a su cliente; ambos dan la misma idea de buscar el éxito de los intereses que defienden y aun cuando el primero de los citados haga referencia a que *la justicia asiste a su cliente,* al aludir a que se debe *demostrar conforme a derecho*, tácitamente corrobora, en cuanto a su naturaleza, que los *alegatos son argumentaciones jurídicas*. En cuanto al Derecho Positivo, tenemos que el Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato, establece la obligación de celebrar una audiencia que entre los abogados se le conoce con el nombre coloquial de *audiencia de alegatos*, en el entendido de que el Código procesal la designa con el nombre de *audiencia final de juicio*. Se previene y reglamente entre otros, en los artículos que a continuación se copian: "Artículo 350.- Cuando no haya controversia sobre los hechos, pero sí sobre el derecho, se citará desde luego para la audiencia de alegatos y se pronunciará la sentencia." Artículo 351.- Concluida la recepción de las pruebas ofrecidas por las partes y las decretadas por el juez, en su caso, el último día del término de prueba se verificará la audiencia final de juicio, con arreglo a los artículos siguientes, concurran o no las partes". En lo que concerniente a su desarrollo, Reyes Retana, dice que el juez declarará abierta la audiencia de alegatos, que contendrá los ocho puntos siguientes: 1. El secretario leerá las constancias que pidiere el que está en uso de la palabra. 2. Alegará primero el actor, después el demandado y por último el Ministerio Público si fuere parte en el proceso. 3. Sólo se concederá el uso de la palabra por dos veces a cada una de las partes, quienes alegarán tanto respecto al fondo como de la incidencia. 4. Sólo podrán hablar los abogados en turno. 5. Solamente podrá hablar un abogado en cada turno. 6. Los alegatos serán breves y concretos. 7. El uso de la palabra no podrá ser mayor de media hora. 8. Cuando no concurran lo podrán hacer por escrito y podrán presentar apunte de alegatos…" (Reyes Retana Pérez Gil José Ignacio. *Ob. Cit.*, p. 246.)Relacionado con el tema del desarrollo de las audiencias, resta decir

solamente que deben desenvolverse éstas con puntual formalidad, evitando expresiones injuriosas y el uso de vocabulario soez, quedando, desde luego, a cargo del juez quien la presida, el que se lleve con las atenciones y consideraciones debidas, en uso de las atribuciones que se mencionan en los artículos 55 a 61, de la ley adjetiva civil mencionada con antelación. No escapamos a la tentación de hacer breve referencia a un problema que se suscita en la práctica, que es el consistente en dispensar el examen de lo alegado en la resolución correspondiente, cuando la legislación positiva no lo imponga expresamente como obligación. Por una parte, la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación, considera que los alegatos constituyen una de las formalidades esenciales del procedimiento, según la tesis de jurisprudencia del rubro: FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO, misma que inserta quedó en apartado anterior y cuyos datos de publicación ahí se consignan. (Ver *Supra* V de este capítulo.) Por otra, se afirma que no constituye una obligación procesal el referirse a ellos (a los alegatos) en la sentencia que ponga fin a la instancia en que se hubiesen formulado. Esto entraña un contrasentido, al menos en apariencia; sin embargo la solución estaría en admitir que la formalidad del procedimiento, en cuanto a ella se refiere, queda satisfecha con que exista materialmente es escrito de alegatos y se agregue en los autos o bien, en el caso de que se produzcan oralmente, que en efecto, se formulen ante el la autoridad jurisdiccional encargada de dictar el fallo relativo, de modo que al menos *in peto,* se conserven en el juzgador. Es de advertir que podría argumentarse en abundancia sobre este tema, pero nos quedamos con sólo apuntarlo para sembrar la inquietud.

6. Sentencia. Iniciamos este apartado con las definiciones de diversos autores, comenzando con insertar los párrafos conducentes de las partidas (Leyes 1ª y 2ª del título XXII, de la tercera partida) de Alfonso X, "El Sabio" Rey de Castilla y de León, cuyo texto y traslación libre se contienen en el siguiente cuadro:

Tercera Partida. Título XXII. **L e y I.** Jvyzio, en romance, tanto quiere decir como Fententia, en latín. **Tercera Partida. Título XXII.** **L e y II.** … La tercera manera de juyzio es la fentencia que llaman en latín deffinitiua; que quiere tanto dezir, como juyzio acabado, que da en la demanda principal fin, quitando o condenando al demandado.	**Tercera Partida. Título XXII.** **L e y I.** Juicio, en romance, tanto quiere decir como sentencia en latín. **Tercera Partida. Título XXII.** **L e y II.** … La tercera manera de juicio es la sentencia que llaman en latín definitiva; que quiere tanto decir, como juicio acabado, que da fin a la demanda principal, quitando o condenando al demandado. (Alfonso X "el sabio" Rey de Castilla y de León y Castilla. *Las siete partidas*. Ed. original Joseph Thomás Lucas, en la Plaza de las comedias. 1758. Ed. Facsimilar, México, SCJN. 2004. (tomo III) pp.441 y 443.)

Joaquín Escriche, en su diccionario, dice: "SENTENCIA. La decisión legítima del juez sobre la causa controvertida en su tribunal …Se llama así, de la palabra latina *sentiendo* porque el juez declara lo que siente, según lo que resulta del proceso". SENTENCIA DEFINITIVA. Aquella en

que el juez concluido el proceso, resuelve finalmente el negocio en lo principal, condenando o absolviendo al demandado". (Escriche, Joaquín, *Diccionario de legislación y jurisprudencia,* Madrid, 1873, ed., facsimilar, por Cárdenas Editor y Distribuidor, tomo II, México, 1979. p. 1452.) El ilustre Procesalista don José María Manresa y Navarro, haciendo acopio de brevedad y síntesis expresa "Sentencia es el acto solemne que pone fin a la contienda judicial, decidiendo sobre las pretensiones que han sido objeto del pleito". (Manresa y Navarro D., José María. *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil reformada.* Tomos II. Madrid. Imprenta de la Revista de Legislación. 1891. p. 95.) José Chiovenda, en varios capítulos de su obra examina la sentencia desde diversos ángulos; observa sus clasificaciones y en relación al fallo definitivo, proporciona este concepto: "La sentencia definitiva es el acto con el cual el juez cumple con la obligación derivada de la demanda judicial; mediante la sentencia ha terminado su oficio (*functus officio)*… El juez no debe ni puede ingerirse más en el pleito; si la sentencia es impugnable, surgirá con la impugnación un segundo estadio en la relación procesal, en que será competente otro tribunal". (Chiovenda, José. *Ob. Cit.*, pp. 439 y 440.) De Pina y Castillo Larrañaga, en el apartado correspondiente, despliega conceptos de variada índole, a los que aquí hacemos alusión, aunque en diferente orden. En lo que hace a la denominación de sentencia, afirman que se aplica a resoluciones judiciales de muy distinto contenido y finalidad; que en la realidad legal, se aplican a decisiones que no revisten ese carácter; que la sentencia debe ser considerada como el fin normal del proceso. Toda la actividad de las partes y del órgano jurisdiccional se encamina, prácticamente, a este resultado que constituye su meta; el interés en la producción de la sentencia de fondo es común al demandante y al demandado, ya que a ambos afecta por igual la resolución del caso jurídico planteado. La denominación de sentencia debiera reservarse para designar, únicamente, a la resolución judicial en virtud en la cual el órgano jurisdiccional competente, aplicando las normas al caso concreto, decide la cuestión planteada por las partes. El contenido de la sentencia está integrado por un razonamiento (elemento lógico) y un mandato (acto de autoridad). El elemento lógico constituye la justificación de la sentencia; el otro elemento, como manifestación de la autoridad del Estado, expresada por medio del órgano judicial competente, constituye su esencia. La sentencia tiene una eficacia imperativa y obligatoria. La parte vencida, una vez que la sentencia es firme, no puede dejar de cumplirla, salvo que la parte que ha obtenido renuncie a su ejecución. Se ha llamado a la sentencia en sentido figurado *lex especialis*, porque su potestad se refiere al caso concreto que la motiva. (Pina, Rafael de y Castillo Larrañaga, José. *Ob. Cit.*, pp. 345 y 346.) Por último citamos la definición acuñada por el jurisconsulto, especialista en los temas de derecho procesal, Eduardo Pallares, quien luego de enunciar algunas definiciones de reconocidos autores, expresa: "Sentencia es el acto jurisdiccional por medio del cual el juez resuelve las cuestiones principales materia del juicio o las incidentales que hayan surgido durante el proceso". (Pina, Rafael de y Castillo Larrañaga, José. *Ob. Cit.*, pp. 345 y 346). En otro orden de razones, pero en cuanto al mismo tema, diremos que en lo tocante a los requisitos de forma, cabe destacar y referir aquellos que tienen relación con la época en que deben pronunciarse; a los datos elementales que deben contener y a la formulación de los fallos, que implica también la claridad y estilo de redacción, así como a la observancia de un pulcro lenguaje. En lo que respecta a los requerimientos de fondo y haciéndonos eco de las concepciones doctrinarias aludidas a lo largo de este trabajo y de otras más; de los criterios publicados en el órgano de difusión del Poder Judicial de la Federación en sus distintas épocas; de las normas procesales que orientan el Código local para Guanajuato y de otros ordenamientos adjetivos, en un esfuerzo de síntesis, habremos de

enunciar algunos de las normas orientadoras que las sentencias deben observar. Así, nos atrevemos a enunciar los siguientes postulados y principios: de congruencia interna; de congruencia externa; de exhaustividad; de valoración cabal de pruebas, de fundamentación y motivación y el de *decir el derecho*, todos ellos orientados por la obligación del juzgador de buscar la verdad, que se ha dado en llamar *verdad histórica*.

ÉPOCA EN QUE DEBEN DICTARSE LAS SENTENCIAS.- Luego de celebrada la audiencia, denominada *final de juicio*, debe producirse la sentencia definitiva. Es este el paso obligado siguiente y su pronunciamiento puede tener lugar al finalizar la mencionada audiencia, cuando así lo permita la naturaleza del negocio jurídico o bien en un término de diez días, conforme lo señala la ley procesal en lo señalan los preceptos que se copian a continuación: "Artículo 355.- Terminada la audiencia de que trata el capítulo anterior, puede en ella, si la naturaleza del negocio lo permite, pronunciar el juez su sentencia. Artículo 354.- Cuando la demanda fuere confesada expresamente, en todas sus partes, y cuando el actor manifieste su conformidad con la contestación, sin más trámite se pronunciará sentencia. Artículo 356.- Si en la audiencia no pronunciase el juez su sentencia, en ella misma se citará para sentencia, que se pronunciará en el término de diez días". El primero y el segundo de los numerales insertos, no ofrecen mayores cuestionamientos, dado que si el juez está en condiciones de emitir su resolución, por conocer bien el asunto sometido a su potestad, puede perfectamente hacerlo, lo que incluso es laudable, en beneficio de la brevedad en que deben solucionarse los conflictos. En cuanto al tercero de los preceptos, el legislador local consideró prudente el término de diez días para dictar la sentencia, término que a simple vista se antoja adecuado, porque en ese lapso, tratándose de asuntos que regularmente no son voluminosos en exageración, los planteamientos arduos ni cargas de trabajo excesivas, se considera un lapso prudente para el estudio y decisión del litigio. Sin embargo, este comentario vale para cuando se conjuguen estas condiciones del funcionamiento de los órganos encargados de administrar justicia civil, no así cuando existe el temible rezago que impide a los juzgadores llevar a tiempo su cometido. Al respecto hacemos tres comentarios: Primero. El legislador es consciente de que en ocasiones existe una imposibilidad material para cumplir ese término de diez días, en cuanto ha prevenido la institución de la caducidad de instancia en materia civil por inactividad procesal (en el lapso de 120 días hábiles) en su artículo 383, fracción II, y regulada en los diversos numerales 385 a 390, todos del Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato; puesto que de otra forma, si siempre se respetasen los términos, ningún caso tendría la institución jurídica de caducidad. Por lo demás, la existencia de ese temible rezago no es, en forma alguna, una cuestión novedosa, ni es privativa de los juzgados civiles de la entidad. Segundo. *La justicia tardía no es justicia*. Esta frase encierra una gran verdad, porque en muchos casos, cuando ya se produce la solución del asunto, ya no se obtiene el beneficio deseado y en ocasiones ninguno, con el consiguiente desencanto de los interesados en la fe del sistema judicial. Esto al margen de que el buen juez debe ser diligente y dedicado a su función, pero sucede que en ocasiones, humanamente no le es posible escapar de las circunstancias que le impiden fallar a tiempo. (*Cfr.* Arredondo, Elías *Ob. Cit.*, pp. 68 y 69).5 Es de comentar en este lugar que hay ejemplos extremos de jueces que se angustian en grado que pudiéramos calificar de patológico, como el caso aparecido en una noticia internacional (Francia, Reuters) 10 de febrero 2011, cuyo resumen dice: "Juez se suicida por carga de trabajo. Un juez de instrucción en pontoise que se había suicidado en septiembre de 2010, confesó en una carta póstuma que se quitó la vida porque no podía hacer frente a su carga de trabajo…" (*Cfr.* Varios

autores. *Casos prácticos de Ética Judicial.* México, publicación de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuaderno II. 2013. p. 79.) Desde ángulo distinto, el 7º de *Los mandamientos del abogado*, de Eduardo Couture, es: "Ten paciencia… Paciencia para esperar la sentencia. Esta demora y mientras el cliente se desalienta y desmoraliza, incumbe al abogado contener su desfallecimiento…" (Couture, Eduardo. *Los mandamientos del abogado.* 3ª ed. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1953. pp.) Tercero.- Este comentario, lo dirigimos a la reflexión de la temporalidad idónea para que el juzgador estudie los autos, las pruebas existentes; seleccione cuáles son las normas aplicables; determine el alcance de las normas que según su criterio son las aplicables, en un ejercicio de interpretación de la ley; reflexione la solución que deba tomar; valore la conducta procesal de las partes y en fin, se forme un juicio que desemboca en la expresión de ese criterio que plasmado quedará en su resolución. Si afirmamos que esta tarea intelectiva, que a lo menos calificamos de ardua y compleja, requiere de rigurosos exámenes y pasos para arribar a una solución *justa y jurídicamente adecuada* y que al decir de múltiples estudiosos del tema, como luego veremos, no es única necesariamente, debemos convenir de que el juez necesita *tiempo*, pero ¿cuánto? La respuesta es que debe decidirse sin precipitación, pero sin demora. En una obra decimonónica, De la Cañada, en su obra acerca de los juicios civiles, reflexiona sobre el tema; considera la gravedad de tomar una decisión judicial, afirma que estas no deben ser precipitadas y que el término de la legislación, para la ley procesal que considera, no en definitivo y concluye que el lapso adecuado, es el que emplee el juzgador, como se advierte de los párrafos que seleccionamos e insertamos: "De la sentencia definitiva y sus efectos. 1. En dos cosas están enteramente de acuerdo las partes que litiga…a la conclusión del asunto…a saber: que nada tienen que añadir a lo que han alegado y probado en orden a lo que conduce a su defensa y en excitar el oficio del juez pidiendo que acabe la instancia con su sentencia, quien está obligado de hacerlo con aquella brevedad que tanto recomiendan todos los derechos sin tocar en la precipitación que resisten. 2. Para guardar esta justa y equitativa proporción, pone su primera atención en descubrir la verdad de los hechos, obre verdaderamente difícil: porque debiendo buscarse por el estrecho camino de la razón, se halla éste más intrincado y lleno de los embarazos que con estudiadas apariencias han preparado las partes o sus defensores… 8…Los jueces que no proceden con ese reflexivo examen, presume el derecho que más usan de su voluntad y capricho que de su razón o entendimiento, y consideran nula la sentencia que dieron con tal precipitación. 9. La duda consistirá en poder asegurarse si se dio con efecto la sentencia con aquel previo y circunspecto examen que mandan las leyes, o con la precipitación que resisten; y para resolver esta duda no hay ley que señale el tiempo y las circunstancias que lo manifiesten, y es preciso reservarla al conocimiento de los jueces superiores, atendiendo lo voluminoso del proceso, la entidad y gravedad de la cosa que se litiga, y las dificultades que ofrecen en su decisión: de manera que se venga a conocer casi con evidencia que el juez, por diligente y experto que sea, no pudo tomar exacto conocimiento de los hechos, que según las leyes debe preceder a su juicio y sentencia". (El conde de la Cañada. *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales.* Tomo 1º. 1ª ed. Madrid, Imprenta de la compañía general de impresores y libreros del reino, 1845. Ed. Facsimilar (Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 1998). pp. 98 y 99.)

FORMACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL.- Bajo este rubro, José Ovalle Favela, plantea y comenta sobre las siguientes interrogantes: ¿Cómo se forma en el juez la decisión que expresará en su sentencia?; ¿Cuál es el procedimiento –si lo hay– que sigue el juzgador para tomar la decisión sobre el conflicto?

Refiere que en un principio, campeó la *teoría del silogismo judicial*; que de acuerdo a ella, primero se establece la *premisa mayor*, es decir, se precisa la norma general que se considere aplicable al caso; después se establece la *premisa menor*, o sea delimita los hechos del caso en base a las pruebas practicadas y, por último, de la aplicación de la premisa mayor a la menor (de la aplicación de la norma general al caso concreto) deduce la *conclusión* querida por la ley para el caso específico, estableciendo de esta manera el fallo o sentido concreto de la sentencia. (Ovalle Favela, José. *Derecho procesal Civil.* 9ª ed. México, Oxford University Press, 2010. p. 196.) A continuación, dice que la teoría del silogismo judicial ha sido muy cuestionada de hacer hincapié en que deba necesariamente una correspondencia entre lo planteado por las partes y lo resuelto en sentencia, con algunas salvedades, que en específico permiten las leyes o la jurisprudencia, apoyadas casi siempre en el interés público, puesto que se permite el examen oficioso de algunos temas no incluidos en la demanda o en la contestación, como por ejemplo la personalidad, la vía u otros presupuestos procesales. La letra de la Ley.

> Artículo 357.- Al pronunciarse la sentencia se estudiarán previamente las excepciones que no destruyan la acción, y, si alguna de ellas se declarara procedente, se abstendrán los tribunales de entrar al fondo del negocio, dejando a salvo los derechos del actor. Si dichas excepciones no se declararan procedentes, se decidirá sobre el fondo del negocio condenando o absolviendo, en todo o en parte, según resultado de la valuación de las pruebas que haga el juez. Artículo 358.- La sentencia se ocupará exclusivamente de las personas, cosas, acciones y excepciones que hayan sido materia del juicio. Artículo 359.- Cuando el actor no pruebe los hechos sobre los que finca su acción, será absuelto el demandado. Artículo 360.- Los tribunales no podrán aplazar, dilatar, omitir ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en juicio. En los casos señalados en el artículo 80, el tribunal sólo podrá ordenar la ampliación del litigio, hasta antes de la audiencia final de juicio. Artículo 361.- Cuando hayan sido varios los puntos litigiosos, se hará, con la debida separación, la declaración correspondiente a cada uno de ellos. Artículo 362.- Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, o, por lo menos, se establecerán las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, cuando no sea el objeto principal del juicio. Artículo 224.- En los casos en que no haya prevención especial de la ley, las resoluciones judiciales sólo expresarán el tribunal que las dicte, el lugar, la fecha y sus fundamentos legales, con la mayor brevedad y determinación judicial, y se firmarán por el juez o magistrado que corresponda, siendo autorizadas, en todo caso, por el secretario. Artículo 227.- Las sentencias contendrán, además de los requisitos comunes a toda resolución judicial, una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas, así como de las consideraciones jurídicas aplicables, tanto legales como doctrinarias, comprendiendo, en ellas, los motivos para hacer o no condenación en costas, y terminarán resolviendo, con toda precisión, los puntos sujetos a la consideración del tribunal, y fijando, en su caso, el plazo dentro del cual deben cumplirse.

9. La garantía de audiencia frente al artículo 1250, del Código Civil Guanajuatense

El objetivo primordial de este trabajo es demostrar con razones jurídicas, que toda acción de prescripción adquisitiva, aun cuando se afirme poseer de mala fe, debe apoyarse en un título, es decir, que es elemento esencial de la acción misma, la existencia de un acto jurídico, causa de la posesión. Así, debe precisarse el origen de tal posesión en el escrito de demanda y ser objeto de prueba; de no aceptar esta exigencia, evidentemente se dejaría en estado de indefensión al demandado y por consiguiente la legislación que dispensa este elemento, es violatoria de derechos fundamentales y nos atrevemos a decir, esta postura contraviene los más elementales principios generales del derecho.

Si el actor manifiesta de manera genérica que desde *hace más de veinte años* posee el inmueble que pretende prescribir y que se ha conducido como *dueño en sentido económico*, sin precisar dato alguno acerca del origen de la posesión, pero señala como demandado a quien aparece como propietario inscrito en el registro público de la propiedad, encontramos que en la contestación a tal demanda, se limitará a sostener que mantiene el dominio e incluso habrá casos en los que quien salga a juicio sea la sucesión del propietario registral; empero, en cualquier caso, queda excluido del litigio el acto jurídico por el que se entró a poseer y el juzgador no tendrá una fecha cierta para computar el lapso de veinte años exigido por la ley para usucapir, cuando se aduce la posesión sin título y de mala fe. En este lugar, se impone puntualizar que los argumentos expuestos en el capítulo anterior para evidenciar la correcta interpretación, en su conjunto, del sistema normativo de la legislación civil sobre el tema, son válidos para poner en relieve la inconstitucionalidad del numeral 1250, que analizamos, motivo por el cual, nos remitimos a su contenido.

Así, como conclusión final, reiteramos la inconstitucionalidad del artículo 1250, del Código Civil para el estado de Guanajuato, en cuanto elimina el requisito de precisar en la demanda de usucapión el acto jurídico por el cual se entró a poseer, en los casos donde se haga valer la posesión de mala fe y sin justo título, porque priva, a la parte la demandada de una adecuada defensa, al desconocer y, por ende, quedar impedida para probar

la eventual falsedad de hechos, origen del título, entendido éste en términos del artículo 1251 de la legislación en comento.[36]

Aquí conviene recordar que para la procedencia de la usucapión, es necesario que se cuente con un título aunque no sea un justo título,[37] dejando por sentado que no se puede prescribir si no se ha entrado a poseer en calidad de dueño en sentido económico, expresión equivalente a la de que se trate de un poseedor civil; de suerte que con la despensa que se hace en el numeral 1250 en cita, en realidad, vuelve procedente una acción sin ningún título. Así, no podría el demandado defenderse en un pleito judicial equitativo y desvirtuar la naturaleza de una posesión cuyo origen se desconoce.

Además de lo anterior, como tampoco se conoce la fecha exacta en que se propaló el acto jurídico, tampoco podría la demandada, desvirtuar o argumentar que en esa fecha no pudo tener lugar el mismo, por ejemplo, porque para esos días ya hubiese fallecido el original propietario; porque la posesión era derivada; porque el acto que eventualmente hubiese ser fundamento de la posesión ocurrió en otra data, o por alguna otra circunstancia semejante.

En conclusión, se sostiene que el legislador local, al emitir el Código Civil del estado de Guanajuato, autoriza la procedencia de una acción cuyo sólo enunciado priva de defensa a la parte demandada en los juicios donde se ejerza la acción de prescripción positiva de mala fe, cuando permite el que no se narre y menos se pruebe el acto adquisitivo, máxime que la posesión debe ser civil, único tipo de posesión que puede llevar a adquirir la propiedad por prescripción.

Siendo insistentes, diremos que en contraste, si la ley exigiese, al menos, la obligación de narrar en su demanda los datos esenciales relativos a la fecha y acto por el que se entró a poseer, entonces se pudiere sostener que se atenúa (pero sólo se atenúa) la indefensión el demandado, quien no quedará en total estado de indefensión, puesto que podría oponer las excepciones que estime pertinentes, en vista a que cuenta con los señalamientos que le permitan realizar su defensa, aun cuando se releve a su

[36] Artículo 1055. Se entiende por justo título la causa generadora de la posesión.

[37] Art. 1251. Se entiende por justo título el acto jurídico adquisitivo de la posesión en concepto de dueño.

contraria de probar tales asertos y quede a su cargo, el probar lo contrario, es decir destruirlos, aun cuando desde una correcta perspectiva, no exista ninguna justificación de probar uno de los elementos de la acción de prescripción adquisitiva de inmuebles, porque el probar que la posesión es civil y pacífica, es precisamente una condicionante para la procedencia de la usucapión.

En otro aspecto, con semejante dispensa de probar el título, se cobijan acciones de personas sin escrúpulos, que a la larga podrían adquirir la propiedad de un bien con la simple demostración de la apariencia de conducirse como propietarios, aun cuando fueren, por ejemplo poseedores derivados y les sería suficiente con aportar al juez de la cual un par de testigos que manifestasen conocer de actos, que por corresponder aparentemente a los que ejerce un propietario, los realice un poseedor derivado y con allegar al expediente algunos documentos, como licencias de manejo, recibos del pago del impuesto predial, de energía eléctrica, de servicio telefónico u otros análogos donde constara el domicilio y el nombre del actor y ello sería suficiente para que operase la prescripción, cuya consecuencia es sancionar a la demandada con la pérdida de su derecho de propiedad y la consecuente declaración de que el actor se ha convertido en dueño.

Es de importancia recordar, dada su claridad y porque consideramos, en ella se resume la postura que da contenido al presente trabajo, la tesis de Jurisprudencia de la Segunda Sala del Más alto tribunal de la nación, del rubro y texto siguientes:

> DERECHOS HUMANOS. LA GARANTÍA JUDICIAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 8o., NUMERAL 1, DE LA CONVENCIÓN AMERICANA RELATIVA, ES CONCORDANTE CON LAS DE AUDIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 17 CONSTITUCIONALES. El citado artículo 8o., numeral 1, al disponer que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, resulta concordante con los artículos 14 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

> sin que llegue al extremo de ampliar las prerrogativas de audiencia y acceso a la justicia en ellos contenidas, porque la prerrogativa de que "toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías", está establecida en el segundo párrafo del indicado artículo 14, que prevé la garantía de audiencia en favor del gobernado mediante un juicio en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, y la referencia de que la garantía judicial en comento debe otorgarse "dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial", está en consonancia con el mencionado artículo 17, en lo concerniente a la tutela jurisdiccional de manera pronta, completa e imparcial, que previene que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes.[38]

Por todo lo expuesto, se concluye y enfatiza, que un fallo adverso al demandado por la prescripción adquisitiva, donde se aplique el numeral 1250, del Código Civil para el estado de Guanajuato, vulnera las garantías individuales y derechos humanos consagrados en los artículos 14 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como también resultarían violados, los pactos internacionales, como el de San José, (artículo 8º, numeral 1) en que México es parte y ha aceptado que las resoluciones del Tribunal de Derechos Humanos con sede precisamente en la ciudad capital de Costa Rica, le vinculan y se desoiría, de igual forma, la Jurisprudencia cuya letra fue copiada en el párrafo precedente.

[38] *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.* Novena época, Materia Constitucional. Tomo XVI. Segunda Sala, agosto de 2007. p. 635.

Prescripción adquisitiva de mala fe
El caso del Código Civil de Guanajuato

se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2015;
diseño e impresión: Formas e Imágenes, S.A. de C.V.
La impresión se realizó sobre papel Cultural de 90 gr
y la de forros sobre cartulina Couché de 250 gr
Tiraje 1,500 ejemplares

9 786079 013103

Poder Judicial
de la Federación

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
Consejo de la Judicatura

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL
ESCUELA JUDICIAL