

LA POSESION EN EL DERECHO Y EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANOS

Por Jerónimo Díaz.

*A Carlos y Antonio Santaacruz
Con afecto fraternal.*

Le vrai jurisconsulte n'est pas celui qui se rapelle que, dans tel cas déterminé, il existe une difficulté et qui connaît la solution qu'elle a reçue dans la pratique; c'est celui qui sait *pourquoi* la question es née, *pourquoi* elle a été résolue de cette façon plutôt que d'une autre, et *pourquoi* il y a lieu d'approuver ou de critiquer cette jurisprudence.

Marcel PLANIOL.

Adelantándome a la posible crítica de algún sabio debo manifestar que este trabajo está dedicado a los estudiantes y no a los abogados o doctores en Derecho. Aunque quizá su lectura pudiera ser útil para algún abogado.

Veinticinco años de profesor me enseñaron a procurar ponerme a la altura del alumno, sin pretender enseñar a peritos en Derecho; de allí que este trabajo pueda parecer demasiado elemental. La enseñanza es el arte de indicar el camino más corto y más seguro para adquirir una ciencia sólida; el saber consiste en conocer la causa y razón de las cosas, haciendo que se deslicen como de una clara fuente consecuencias correctas de principios ciertos.

La posesión, materia de este estudio, ha sido objeto de centenares de libros; pero como desgraciadamente suele ocurrir con los estudios jurídicos, la abundancia de ellos, en vez de esclarecer la materia, llega a hacerla incomprendible. Cuántas veces la solución de un intrincado problema jurídico puede estar en tratarlo tan sólo con su primitiva sencillez.

Había un catador, tan perito en su especialidad, que hacía alarde de identificar a la primera prueba cualquier líquido. Así lo hizo con toda clase de vinos y licores sin errar ni una vez. Hasta que le fue servido en copa

de cristal un líquido transparente, que le fué imposible identificar. ¡Y era agua pura!

Este trabajo, modestamente aspira a ser sólo eso: agua pura.

*

Un hecho sencillo, natural y cotidiano, que debiera ser fácilmente comprensible, ha dado sin embargo lugar a multitud de controversias desde hace muchos años.

La posesión es ese hecho natural y cotidiano; todos los días y a todas horas alguien se apodera de una cosa con el fin de aprovecharla para sí, sin que le preocupe si la ley protegerá después ese apoderamiento. Pero ese hecho natural y cotidiano es a la vez un hecho jurídico; es decir, un hecho que la ley toma en consideración para darle efectos de Derecho. Son cabalmente esos efectos de Derecho los que han desviado la recta inteligencia de lo que es la posesión: un mero hecho.

El hecho de la posesión es, normalmente, la exteriorización de un derecho que, a su vez, normalmente se origina del hecho. Sin necesidad de acudir al código todo el mundo piensa que si yo tengo en mi poder un reloj, es porque soy propietario del reloj. Normalmente el hecho (posesión) es concomitante del derecho (propiedad). Esto nos indica a las claras que hay una íntima ligazón entre el hecho (posesión) y el derecho (propiedad). Estas dos nociones son en Derecho totalmente distintas, pero es evidente que la una hace suponer la otra.

Cuando en una fiesta infantil se rompe una piñata, siempre hay un chico más listo que los otros que se echa sobre las frutas y los dulces que de ella cayeron, procurando abarcar con sus brazos la mayor cantidad posible. Y si alguien pretende apoderarse de algo de lo que se ha posesionado, surgen los pleitos y hasta los golpes. ¿Por qué? Porque sabe —siente— que la mera posesión lo convierte instantáneamente en propietario. Las ideas de posesión y propiedad, van íntimamente unidas.

Si un hombre pierde una cosa que tenía en su posesión, o ésta le es arrebatada, pone el grito en el cielo. Quisiera prolongar su posesión y la propiedad que la posesión supone —hasta más allá de los límites imaginables. Quisiera que todo el mundo —y la ley ante todo— respctara su posesión, aunque materialmente ya no la tenga; le pide a la ley que le dé medios para perseguir “su” cosa en manos de quien esté; no permite que se menoscabe una línea de lo que considera su derecho.

Como todos los hombres, aún los que se consideran desheredados de la

fortuna, tienen algo que poseer; como a medida que se va subiendo en la escala de los poseedores, éstos tienen más que defender, el legislador de todos los tiempos, para no ponerse a mal con todos los hombres, rodea la posesión y la propiedad de muchas garantías. Aun en los regímenes comunistas esto es verdad. No se ha abolido el delito de robo de los códigos, ni se han abolido las penas consecuencia del delito; lo que no es sino una manera de proteger la posesión y la propiedad.

Dijeron los antiguos: "Ubi cumque res est, pro domino suo clamat". En donde quiera que está la cosa, clama por su dueño.

Según este principio no importa que la cosa perdida haya sido hallada por un tercero que la posee; no importa el tiempo que haya transcurrido desde que la cosa cambió de manos; no importa que, al cabo del tiempo, sea tan injusto desposeer a alguien, como podría serlo el decir al propietario anterior: no supiste guardar tu cosa, no la reclamaste en mucho tiempo, has perdido por tanto tu derecho. El principio era absoluto: "Ubi cumque res est, pro domino suo clamat".

La necesidad fue introduciendo atemperaciones al principio. Sin desconocer que la propiedad es respetable y digna de defensa jurídica, se ha admitido que se opere, legalmente, un cambio en cuanto al titular del derecho de propiedad, por la posesión, el transcurso del tiempo, y la inacción del titular del derecho.

Un autor, considerado como clásico en la materia, comienza su estudio sobre la posesión de la siguiente manera:

"¿Por qué se protege la posesión? Nadie formula tal pregunta para la propiedad. ¿Por qué pues se agita respecto de la posesión? Porque la protección dispensada a la posesión tiene a primera vista algo de extraño y contradictorio. En efecto, la protección de la posesión implica además la protección de los bandidos y de los ladrones: ahora bien, ¿cómo el Derecho que condena el bandidaje y el robo puede reconocer sus frutos en la persona de sus autores? ¿No es eso aprobar y sostener con una mano lo que con la otra se rechaza y persigue?"

(R. von IHERING. *La Posesión*.—Trad. de Adolfo Posada, Madrid, 1926).

Para desarrollar las ideas sobre posesión parecería natural que comenzáramos por definirla.

Dice un viejo principio: "Omnis definitio in iure civile periculosa". Toda definición es peligrosa en Derecho Civil.

Esta peligrosidad sube de punto, si tomamos en cuenta que cualquier

definición de posesión que se ajuste exactamente a la naturaleza de ella, sería rudamente combatida por todos. El mismo von Ihering a lo largo de un estudio que abarca más de quinientas páginas, no define la posesión. Habla de ella y de sus medios de protección; habla del fundamento de la posesión, etc., pero no la define.

A nuestro juicio, por los peligros que encierra y por las dificultades que suscita, debiera suprimirse del Código Civil la definición de posesión.

Hay conceptos simples de cosas o de hechos que, para su inteligencia, no han necesitado ni necesitan de definición en los códigos. Todo el mundo entiende qué es un terreno o qué es una casa. La ley de todos los países habla de terrenos y de casas, sin que hasta ahora se le haya ocurrido a nadie definir cada una de estas cosas o exigir que la ley las defina. Basta el solo enunciado, para que todo el mundo entienda de qué se trata.

Para aclarar un poco estas ideas, pongamos un ejemplo. El nacimiento es un hecho tanto o más trascendental, jurídicamente hablando, que la posesión. Para que el nacimiento tenga lugar y produzca sus efectos en Derecho, nada importa que el nacimiento sea legítimo o ilegítimo; el hecho de que los progenitores estén o no legítimamente casados, nada tiene que ver con el hecho jurídico nacimiento. Y ese mero hecho, en todos los tiempos y en todas las latitudes, ha producido efectos jurídicos. Más o menos amplios, según los tiempos y lugares, pero siempre ha producido efectos.

Lo mismo debiera acontecer con la posesión. La aprehensión material y la tenencia de la cosa son un hecho jurídico que se produce independientemente de que tal aprehensión o tenencia se hayan verificado conforme a la ley, o al margen de la ley, o descaradamente contra la ley.

No queremos dar a entender con esto que, cualquiera que sea la manera de ser de la posesión, ésta debe producir en todos los casos la *plenitud* de sus efectos. Lo único que nos interesa recalcar es que la posesión es un mero hecho y que por tanto, o se define como mero hecho lisa y llanamente por la ley, o se prescinde de la definición en los códigos.

La gran mayoría de las leyes positivas se creen obligadas a definir la posesión. Y por regla general, yerran en la definición. Quizá algún día, verdaderos juristas se encarguen de redactar un Código Civil y supriman de él, de cuajo, la definición de posesión.

No estamos diciendo nada extraño ni inusitado. Puede ocurrir algo semejante de lo que ocurrió con el matrimonio. ¿Es importante el matrimonio en el Derecho Civil? Nadie puede ponerlo en duda.

El Código Civil de 1870 definió el matrimonio diciendo:

“El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo *indisoluble* para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.

El Código Civil de 1884 repitió al pie de la letra la definición de matrimonio dada por el Código anterior.

Pero cambió el viento y vino la más revolucionaria de las leyes revolucionarias en México: la Ley de Relaciones Familiares. Con esta ley se implantó el divorcio con ruptura del vínculo, que deja a los antiguos cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio legal, por lo que se hizo necesario modificar radicalmente la definición de matrimonio, que en la Ley de Relaciones Familiares quedó así:

“El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo *disoluble* para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.

Finalmente el Código Civil de 1932 que conservó —y amplió— el divorcio con ruptura del vínculo civil, para no incurrir en la disparatada redacción de la Ley de Relaciones Familiares (vínculo *disoluble* para *perpetuar* la especie) suprimió de plano la definición de matrimonio.

¿Alguien ha echado de menos la definición? ¿Podrán casarse dos hombres o dos mujeres porque la ley no define el matrimonio? El matrimonio, sin necesidad de definición, sigue siendo la unión de un hombre y una mujer. Todavía el adulterio es un delito específico.

Volviendo a nuestro tema. Los códigos siguen empecinados en definir la posesión, pero al definirla, olvidando que es un mero hecho, ponen un exquisito cuidado en los términos, para que conste la legitimidad de la posesión. Temen que, de no hacerlo así, se les vaya a suponer la intención de “proteger a los bandidos y a los ladrones”. No quieren que se les haga el cargo de que “aprueban y sostienen con una mano lo que con la otra rechazan y persiguen”. Por eso en la definición de posesión está, clara u oculta, su “legitimidad”.

Hasta hace pocos años estuvo en vigor en el estado de Tamaulipas un Código Civil que definía así la posesión:

“Se considerará posesión *legítima*, la tenencia material, el uso y disfrute de una cosa *no usurpada*”.

Como puede verse, esta errada idea (errada según veremos después) es siempre antigua y siempre nueva.

Parece evidente que no es necesaria la definición de posesión en las le-

yes. Todo el mundo entiende (o entendía hasta antes de las definiciones de los códigos) este concepto simple: posesión. De la misma manera que todo el mundo entiende lo que es el nacimiento o el matrimonio.

Al definir en los códigos la posesión, se incurre en el error de no considerar la posesión en sí misma o sea atendiendo a su naturaleza, sino que la definición se formula con vista a los efectos que, necesariamente, debe reconocer la ley a la posesión.

Siendo estos efectos tan diversos, según los casos particulares, resulta materialmente imposible encerrar en una definición todos los casos posibles de efectos de la posesión. Los códigos —decía el maestro D. Miguel S. Macedo— no son tratados de Derecho. Ni deben serlo.

Consecuencia de tales definiciones y no obstante los esfuerzos de juristas y legisladores, a través del tiempo se ha ido formando en los abogados la idea de que la posesión, para ser tomada en cuenta por la ley, debe ser una posesión conforme a la ley. Esto es tan fuera de lugar, como pretender que el nacimiento, para ser tomado en cuenta por la ley, debe ser legítimo.

Tan poseedor es el propietario que tiene su cosa materialmente en su poder; como poseedor es el arrendatario que tiene en su poder una cosa ajena en virtud de un contrato que le obliga a devolverla al dueño; como poseedor, en Derecho, es el ladrón. Respecto de este último, su posesión es contraria a Derecho, pero es posesión. Evidentemente que la posesión en cada una de estas personas no produce ni los mismos efectos ni la plenitud de los efectos; pero es posesión.

Como una reacción natural de la sociedad en contra del ladrón y del despojador, se pretende negarles la posesión jurídica. Eso es confundir la posesión (hecho) con el derecho a poseer. Cuando una cosa ha sido robada a su propietario, éste no tiene la posesión de la cosa; tiene solamente el derecho a poseerla y a ejercitar las acciones legales que lo lleven a recuperar la cosa. En cambio, el ladrón es poseedor de la cosa, pero no tiene derecho a poseerla y puede ser judicialmente desposeído de ella.

Al negarse a reconocer la posesión jurídica en el ladrón, como consecuencia natural se cayó en el absurdo opuesto: el robado, se considera como que sigue siendo poseedor de la cosa... con todas sus consecuencias.

Veamos que nos dice Georges Ripert: "Inclusive hemos visto en algún tiempo una extraordinaria solución en el caso del robo de automóviles.

Se consideraba que el propietario víctima del robo continuaba siendo guardián responsable del automóvil, y que debía reparar todos los daños causados por el ladrón. Verdaderamente era un desatino contra el que se

rebeló el buen sentido. Pero se necesitó una sentencia del pleno de la Corte para condenar esa solución, cuya injusticia era evidente”.

(Georges RIPERT.—*El régimen democrático y el Derecho Civil Moderno*. Trad. de J. M. Cajica. Puebla.)

Indudablemente que es contra el buen sentido que el robado, por haber sido desposeído ilegítimamente de su cosa, debe considerarse como poseedor de ella y responsable por tanto de los daños causados por la cosa de su propiedad.

La posesión es un mero hecho y para que exista, no importa que no sea legítima. El ladrón es poseedor de la cosa y, por tenerla en su poder, es responsable de los daños que esa cosa cause. La posesión, aunque obtenida de manera ilegítima, produce efectos jurídicos en quien la tiene.

Ha habido dos escuelas que tratan de explicar la posesión. Una, la más antigua, preconizada por Savigny; la otra sostenida por Von Ihering.

La posesión no puede concebirse más que constituida por dos elementos: uno material o sea la aprehensión de la cosa y el otro intencional, o sea la voluntad de aprehender la cosa y tenerla para sí. Para que haya verdadera posesión deben concurrir los dos elementos, el material y el intencional. Es decir, a la materialidad de la aprehensión de la cosa debe unirse la voluntad de retener la cosa para sí.

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

En cambio para la teoría “objetiva” de von Ihering, el elemento principal y determinante en la posesión es el material. Hay posesión cuando una cosa está materialmente en poder de una persona.

Es importante hacer notar que, para ambas teorías, la posesión consta de dos elementos, los cuales han recibido, respectivamente, los nombres latinos de “corpus” y “animus”. Al derredor de estas dos teorías hay toda una gama de teorías.

El elemento intencional de la posesión es algo meramente subjetivo; de allí el nombre de la teoría que le da a ese elemento el papel principal. Averiguar cual es la voluntad interna de una persona es vano intento. La voluntad o la intención de una persona solo puede suponerse a través de las manifestaciones externas. Por esa razón, dar al elemento intencional el papel preponderante en la posesión parece tan absurdo como pretender agarrar un pensamiento.

En cambio el elemento material, el "corpus", la aprehensión de la cosa, es un hecho que cae bajo el dominio de los sentidos. No tenemos que suponerlo, sino que se nos presenta como un hecho visible. Parece por lo mismo más seguro y menos sujeto a error el dar al elemento material el papel preponderante en la posesión. Podemos engañarnos acerca de las intenciones de una persona; pero parece menos posible el engaño respecto de sus actos exteriores.

Es importante decir que para que exista una verdadera posesión, no basta la mera juxtaposición de la cosa y de la persona; sino que es necesaria en la persona la voluntad de poseer la cosa. Recurriendo al viejo ejemplo, el preso no posee sus cadenas. Por el contrario, él bien quisiera verse libre de ellas.

Salvo estos casos extremos, podemos afirmar que en donde quiera que vemos que una persona se apodera de una cosa y la retiene, hay posesión.

De todo lo dicho se colige que nos parece la teoría objetiva de la posesión la más lógica y aceptable; pero con la advertencia de que esa teoría no prescinde del elemento intencional en la posesión. Lo único que hace la teoría objetiva es considerar el elemento intencional como implícito en el elemento material, cuando éste se produce. El razonamiento sería: Ante el hecho de que A tiene en su poder una cosa, se *supone* que su intención es la de retener la cosa para sí. Fundándose en un hecho cierto y visible, se supone el acto interno de voluntad, que no es conocido y no es visible. Por supuesto que esta presunción admite prueba en contrario.

En materia de posesión tenemos como antecedente de las leyes mexicanas las Leyes de Partida, que definían la posesión diciendo:

"Posesión es la tenencia *justa* que tiene el hombre de las cosas corporales, con ayuda del cuerpo y del entendimiento".

Sin detenerse a considerar el hecho de que esta definición sólo es aplicable a las cosas materiales, es claro que la simplicidad de la definición es sólo aparente. El calificativo de *justa* que la definición aplica a la tenencia de las cosas, desvirtúa por completo la definición de la posesión.

Se me dirá que la única posesión protegida por la ley es la que se funda en una tenencia justa. Esto es un error. El apoderamiento y tenencia de una cosa, mero hecho material, se produce justa o injustamente. Hay posesión con derecho y sin derecho.

Para que no nos salte algún crítico, repetiremos que una cosa es la posesión, mero hecho, y otra los efectos jurídicos que debe producir la pose-

sión. La posesión producirá distintos efectos, según sea justa o injusta, de buena o de mala fe.

Claro es que cuando la posesión es injusta, hay medios legales para desplazarla de las manos del injusto poseedor a las del que tiene derecho a poseer; pero no hay que confundir la posesión "hecho" con el derecho a poseer.

La posesión, aun siendo contra derecho, debe ser tomada en cuenta por la ley y debe producir efectos jurídicos. En otros términos, la posesión aun siendo contra derecho, es posesión. De la misma manera que la filiación, aun siendo ilegítima y hasta delictuosa, es filiación.

Por eso no puede aceptarse como buena la definición que las Leyes de Partida dan de la posesión.

Como curiosidad bibliográfica citaremos un Código Civil mexicano, del que no teníamos noticia alguna, y que apareció muy poco después de consumada nuestra Independencia. No creemos que ese código haya tenido influencia alguna en la legislación posterior, porque dadas las circunstancias, probablemente no fue conocido. Lo citamos, tanto por ser un antecedente remoto, cuanto porque los autores de él, con simplicidad y sencillez, exponen ideas al respecto.

Nos referimos al "Código Civil del Estado Libre de Oaxaca" expedido por varios gobernadores de esa entidad, durante los años de 1828 y 1829. El ejemplar que tenemos en nuestro poder (y que debemos a la generosidad de nuestro buen amigo el editor don Manuel Porrúa) contiene la mayor parte de un Código Civil, que se fue expidiendo fraccionadamente. Para los legisladores oaxaqueños de 1828-1829 no fue problema la definición de posesión, porque ni siquiera la intentaron. En cambio, al hablar de los efectos de la posesión, se dice:

Art. 420.—El *simple* poseedor solamente hace suyos los frutos en el caso de que posea de buena fé; si es poseedor de mala fé, está obligado a devolver los frutos *con la cosa* al propietario *que la reclama*".

El simple poseedor, es decir, el poseedor de hecho, es un verdadero poseedor. Si es de buena fe hace suyos los frutos que produce la cosa poseída. Si es de mala fe, debe devolver los frutos juntamente con la cosa al propietario que la reclama. Si el propietario no reclama su cosa, el simple poseedor hace suyos los frutos y la cosa misma. Esta sencillez y simplicidad, nos dan la razón.

En el ejemplar que poseemos del código oaxaqueño no aparece el capítulo relativo a la prescripción, aunque sí hay referencias a ella. Esto es lamen-

table porque hubiera servido para aclarar la idea de los legisladores oaxaqueños respecto a la posesión.

CODIGO CIVIL DE 1870

El primer Código Civil mexicano que positivamente estuvo en vigor es el del año de 1870. La Comisión Redactora quedó formada por los eminentes juristas don Mariano Yáñez, don José María Lafragua, don Rafael Dondé y don Isidro Montiel.

Verdaderos juristas, tomaron muy en serio la misión que se les encomendó, a la que dieron cima en términos muy dignos de elogio.

La Exposición de Motivos de ese nuestro primer Código Civil, al referirse a la posesión, dice:

“El título de posesión, de suyo tan difícil, fué objeto de largas y maduras discusiones. Es ya casi un principio de buena jurisprudencia el de omitir las definiciones, que siempre son peligrosas, y de cuyos términos suelen deducirse consecuencias tan arbitrarias como perjudiciales. Por esta razón se inclinó la Comisión a omitir la de la posesión que especialmente considerada, es hasta hoy un verdadero escollo para todos los jurisconsultos. Pero considerando que de no definir la posesión, pudieran también deducirse otras consecuencias que por distintos caminos condujeran a extravíos en materia tan grave, se decidió por la que consta en el artículo 919. Muchas, tanto antiguas como modernas, fueron detenidamente examinadas, encontrándose en todas gravísimos inconvenientes; y aunque la que se propone está muy lejos de llenar su objeto, cree la Comisión que tal vez será la que ofrezca menos dificultades”.

Aquellos respetables juristas tuvieron la buena intención de omitir la definición de posesión. Pero hay que recordar que el Código que estaban redactando era el primero en México, en donde había estado por siglos en vigor la legislación española. No quisieron adoptar la definición que hemos visto ya de las Leyes de Partida, que era el modelo más cercano a ellos. Por tanto, era indispensable dar una definición que reflejara la idea de los legisladores de 1870, como ellos dicen, para no dar lugar a extravíos en materia tan grave. Modestamente reconocen que la definición no era completamente de su gusto. Pero entre dos males escogieron el menor. Y la definieron así:

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

Nótese que, intencionalmente, omitieron el calificativo de “justa” que las Leyes de Partida exigieron en su definición. Es decir, los legisladores de 1870 vieron claramente que la posesión “es un mero hecho”, contrariamente a lo dicho por las Leyes de Partida que solamente tomaban en consideración a la posesión, cuando ésta era “justa”.

Sabían que iban a ser mal entendidos o mal interpretados. Tuvieron el temor de que se les hiciera el cargo de proteger, en la posesión, a los ladrones y bandidos. Por ello la Exposición de Motivos explica así la definición: “Aunque en sus términos *no aparece considerado más que el hecho*, los artículos que inmediatamente la siguen explican las calidades que debe tener la posesión *como medio de adquirir*. El título de que se trata debe ser considerado en su conjunto, para juzgar con más probabilidades de acierto, porque la definición aislada siempre deja notables vacíos”.

De nada valió a los juristas miembros de la Comisión Redactora del Código su explicación, como tampoco de nada les valió haber agregado a la definición que la posesión puede ser “por otro en nuestro nombre”, lo que no es sino una concesión a las galerías. No se libraron de la crítica, la que fue la más injusta e ignorante: se les supone sostenedores de lo que después, años después, se llamó “teoría subjetiva” de la posesión.

La primera parte de la definición del Código de 1870 es correcta: La posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho. En otros términos, es poseedor de una cosa el que la tiene en su poder. Más claro todavía: la posesión es un mero hecho.

Sin embargo los autores de ese buen Código no se atrevieron a llevar la idea expresada, tanto en la redacción del artículo, cuanto en la Exposición de Motivos, a todas sus consecuencias. Hay que tener en cuenta, sin embargo, la época y el medio en que actuaron esos grandes juristas.

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

Los legisladores de 1870 remacharon su error (o si se quiere, hicieron nueva concesión a las galerías) al decir en el artículo 923:

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

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

Actualmente parece imposible convencer a nadie de que la posesión es un mero hecho, independientemente de que ese hecho sea conforme a la ley o contra la ley. Existe la errada idea de que si una persona tiene en su poder una cosa ajena que ha recibido en virtud de un acto jurídico que le obliga a devolverla, no es poseedor. Evidentemente que sí es poseedor; lo que acontece es que, por virtud de un acto jurídico, está obligado a devolver la cosa; y por virtud de esa obligación, no puede alegar su posesión como base para adquirir por prescripción. Tan sencillo como eso.

Al estudiar los efectos de la posesión, especialmente al hablar de la prescripción positiva o usucapión, hablaremos de estas contradicciones.

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

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

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

Pero —han de haber pensado los legisladores de 1870— si el poseedor se presume propietario cuando una persona posee una cosa que ha recibido en virtud de un acto jurídico que no trasmite el dominio aun que sí la tenencia de la cosa, para que el poseedor real no quiera hacer valer su posesión en contra o enfrente de quien se la entregó, es necesario decir que el que posee a nombre de otro, no es poseedor en derecho.

Los señores de la Comisión Redactora parece que olvidaron que quien posee a nombre de otro está ligado por un acto jurídico que le obliga a devolver la cosa. Tampoco tuvieron en cuenta que la presunción de propiedad y las acciones posesorias que son su consecuencia, no pueden hacerse valer en contra del propietario, precisamente por ese acto jurídico que liga al propietario con el que, según ellos, posee a nombre de él.

En cambio, las acciones posesorias, consecuencia de la presunción (sola-

mente presunción) de propiedad, contra *terceros* distintos del propietario, es no sólo útil, sino necesaria.

Otra disposición digna de comentario es la que dice:

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

Esta disposición se armoniza perfectamente con la contenida en el artículo 919. En efecto, según ésta, posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho. El poseedor tiene a su favor la presunción de poseer por sí mismo.

Esto no es sino la consagración más clara y precisa de lo que años después se ha designado como teoría “objetiva” de la posesión.

Es de lamentarse que los legisladores de 1870, sobreponiéndose por completo a las preocupaciones e ideas de su época y siguiendo la idea expresada por ellos en la Exposición de Motivos, no hayan llevado esta teoría hasta sus últimas consecuencias. Tuvieron clara visión de que en la posesión debe considerarse tan sólo el “hecho” de la posesión, pero hicieron concesiones a las galerías. De no haberlo hecho así, nos habríamos ahorrado un siglo de tanteos y dificultades que hoy parecen insuperables.

Pero ello no impide rendir un cálido homenaje a los miembros de la Comisión Redactora del Código Civil de 1870 que antes que nadie, vislumbraron lo que después se llamaría ampulosamente “teoría objetiva de la posesión”.

CODIGO CIVIL DE 1884

El Código Civil de 1884, salvo pequeñas diferencias no sustanciales, adoptó en todo el sistema sustentado por el Código de 1870 en materia de posesión. De manera que cuanto llevamos dicho respecto de éste, tiene aplicación al de 1884.

Ambos códigos definieron la posesión teniendo a la vista únicamente el hecho de la posesión; aunque ambos, como concesión a las galerías, admitieron la posesión a nombre de otro.

CODIGO CIVIL DE 1932

Llegamos en este estudio al Código Civil en vigor, que nos rige desde hace más de 30 años.

La Comisión Técnica de Legislación, Sección Civil, como es su inmodesta denominación, quedó formada por los señores licenciados don Francisco H.

Ruiz, don Rafael García Peña y don Ignacio García Téllez, bajo la presidencia de este último.

Presentado el Proyecto de reformas al Código Civil de 1884 se hizo del conocimiento de algunas asociaciones profesionales y abogados. Hechas algunas reformas al Proyecto, se promulgó el Código entrando en vigor en el mes de octubre de 1932.

Hay por ahí un libro, editado por el Presidente de la Comisión don Ignacio García Téllez, denominado *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil Mexicano*.

Para saber cuáles eran las ideas de la Comisión respecto al tan escabroso problema de la posesión, veamos lo que dice el libro. En su página 11 dice don Ignacio García Téllez, hablando por cuenta propia:

“Consecuencia de esta tesis es la trascendental importancia de la doctrina de la posesión de los bienes, la que aspiró a apartarse de la tendencia subjetiva, de toda ficción legal, procurando amparar la posesión en sí, como *hecho*, sin reglamentarla como una derivación forzosa de la propiedad.”

En la página 31 del mismo libro, ya hablando la Comisión en pleno, es más explícita en cuanto a la posesión se refiere:

“Se *ensayó* implantar la teoría objetiva de la posesión, llevándola más lejos de donde habían llegado los Códigos alemán y suizo. En el proyecto *no se exige para conceptuar poseedora a una persona* el animus domini de la escuela clásica, ni siquiera el animus possidendi de la escuela de transmisión (sic), aceptada por el Código japonés, sino que *basta para adquirir la posesión que se ejerza un verdadero poder de hecho sobre la cosa*, en provecho del que la tiene, sin perjudicar a la colectividad, y por eso se reconoce como poseedor al arrendatario y a todos los que conforme a la antigua escuela poseían a nombre de otro. De acuerdo con el proyecto *los llamados detentadores serán poseedores, porque hay que proteger un estado de hecho que tiene valor social y económico por sí mismo*. La posesión es la consagración que el Derecho hace de una situación de hecho y no se necesita averiguar desde el punto de vista puramente individualista (sic) lo que quiere y piensa el beneficiario de esa situación de hecho, sino como afecta ella a la colectividad a la que aquél pertenece como miembro. Mas según que el poseedor reconozca o no en otro el derecho de propiedad, producirá la posesión diferentes efectos, sobre todo en lo relativo a la prescripción”. Finalmente

la misma Comisión, en la revisión del proyecto por ella presentado, asienta:

“A partir de la publicación del genial libro de Ihering, denominado *Teoría de la Posesión*, fue paulatinamente abandonándose la doctrina clásica que exigía dos elementos para que la posesión existiera: el corpus y el animus, o sea la tenencia de la cosa y el propósito de tenerla para sí”.

Más adelante añade:

“Con tales precedentes la Comisión se separó de la doctrina subjetiva que en materia de posesión campea en el Código Civil de 1884 y procuró cristalizar en preceptos legislativos los postulados básicos de la escuela objetiva.”

Es del caso repetir que en el Código de 1870 primero, y en el de 1884 después, según ya se ha visto, la doctrina que informa la posesión es la “objetiva”, puesto que tomó solamente en cuenta el hecho de la posesión.

Al leer lo dicho por la Comisión de 1932, nos sentiríamos tentados a suponer que el Código Civil vigente es impecable al exponer y procurar cristalizar en preceptos legislativos la teoría objetiva de la posesión. Pero no hay tal. Estudiemos un poco el caso.

Los Legisladores de 1870 y los revisores de 1884 eran abogados: tenían talento y sabían derecho. Como lo dicen claramente, para definir la posesión tomaron en cuenta solamente el “hecho” posesión. En su definición (que ellos mismos modestamente consideran imperfecta) dicen que posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho. Por desgracia hay el añadido (estrambote lo llamaría Rabasa) de que la posesión puede ser por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre; pero su intención es patente cuando establecen que el poseedor tiene a su favor la presunción de poseer por sí mismo y que la posesión da al que la tiene la presunción de propietario, para todos los efectos legales. El suponer el elemento intencional en quien tiene la aprehensión material de la cosa, es la más justa expresión de la teoría objetiva de la posesión. De manera que, salvo los titubeos y los naturales defectos de un primer Código y de un segundo apenas unos años después del primero, podemos afirmar que los legisladores de 1870 y de 1884, sin bombo y platillos, sin genialidades, implantaron lo que años después se llamó “teoría objetiva” de la posesión. Y el Código de 1870 está muy cerca de cumplir un siglo de expedido.

La exposición de motivos de 1932 afirma que, para conceptuar poseedora a una persona no se exige el animus domini de la escuela clásica, NI SIQUERA EL ANIMUS POSSIDENDI de la escuela de transición; basta que una persona

ejerza sobre una cosa un poder de hecho, para que el Derecho la considere como poseedora. ¿De verdad sigue esta idea el Código Civil de 1932?

Siempre hemos creído que debe ser más fácil hacer un código, nuevo de todo a todo, que emprender la revisión de un código. Generalmente se olvidan los revisores que un código, con defectos y todo, constituye un conjunto armónico de tal manera que unas disposiciones concuerdan con otras en forma tal, que reformada una, deben reformarse las concordantes.

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

Art. 790.—Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, SALVO LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 791. Posee un derecho el que goza de él.

A primera vista la definición parece impecable. Para definir al poseedor no se toma en cuenta más que el poder de hecho que ejerza sobre la cosa; pero viene el escollo insuperable del inciso explicatorio que dice: “salvo lo dispuesto por el artículo 791”, el cual dice:

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

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

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

Es conocidísimo el principio de que, para saber si una definición es o no correcta, basta ver si la definición puede sustituir a lo definido en una oración gramatical. Ahora bien, sustituyendo en el artículo 791 la palabra “poseedor”, por la definición dada en el artículo 790, quedaría así:

“Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignora-

ticio u otro título análogo, LOS DOS EJERCEN SOBRE LA COSA UN PODER DE HECHO. . .”

¿Puede ser esto admisible?

Cuando una persona recibe del propietario una cosa con el derecho de retenerla EN SU PODER como arrendatario, etc., es el arrendatario EL ÚNICO que ejerce sobre la cosa *un poder de hecho*. El arrendador tiene la propiedad de la cosa; pero sólo el arrendatario ejerce sobre ella un poder de hecho.

Los legisladores de 1870 y 1884 al definir la posesión, fueron más atinados y, aunque equivocadamente, más lógicos. Posesión —dijeron— es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos (caso del propietario) o por otro en nuestro nombre. Y complementaron su error lógicamente diciendo: el que posee a nombre de otro, no es poseedor en derecho.

No incurrieron en el disparate de contradecir su propia definición de un artículo al siguiente, sino que dada la definición equivocada, sacaron una consecuencia, también equivocada. Malas las dos definiciones, pero menos mala y más lógica la de los códigos de 1870 y 1884.

Probablemente dirían los autores del Código de 1932 que la posesión que establecen en favor del propietario en el artículo 791, es una ficción legal. Pero ¿acaso no dice la exposición de motivos que el Código de 1932 al tratar de la posesión ASPIRÓ A APARTARSE DE TODA FICCIÓN LEGAL? Tan disparatada es la ficción de que el propietario que entrega su cosa a un arrendatario sigue ejerciendo sobre la cosa un poder de hecho, como disparatada era la ficción legal de que el propietario robado, seguía siendo poseedor de la cosa y debía responder de los daños que ésta causara.

Objeción semejante puede hacerse al artículo 793, que dice:

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

Si una persona tiene en su poder una cosa y está ejercitando sobre ella un poder de hecho; si el artículo 790 ha definido al poseedor como el que ejerce el poder de hecho sobre una cosa, no queda al capricho del legislador el considerarlo o no como poseedor. O es poseedor o no lo es. O ejercita sobre la cosa un poder de hecho, o no lo ejercita.

La disposición concordante del Código Civil de 1884, era más corta, más clara y más sencilla: El que posee a nombre de otro, no es poseedor en de-

recho. Equivocadas las dos definiciones de posesión, pero la del Código de 1884 era menos disparatada. Las dos definiciones, de 1884 y 1932, contra toda realidad y contra toda evidencia niegan el carácter de poseedor a quien posee la cosa, cuando es a nombre de otro; pero por lo menos la de 1884 no era contradictoria.

En el Código de 1932 (artículo 798) se dice que no se presume propietario el que posee en virtud de un derecho personal o de un derecho real, distinto de la propiedad.

El artículo 790 define al poseedor como el que ejerce un poder de hecho sobre una cosa. Ahora bien, si esta definición es un ensayo para implantar la teoría objetiva de la posesión; si como dicen los legisladores de 1932 para la posesión "no se exige el *animus domini* de la escuela clásica, ni siquiera el *animus possidendi* de la escuela de transición"; si finalmente se estudió la posesión independiéndola del derecho de propiedad y de CUALQUIER OTRO ACTO JURÍDICO QUE LE SIRVIERA DE TÍTULO, ¿por qué dice el artículo 798 que no se presume propietario al que posee en virtud de un derecho personal o de un derecho real distinto de la propiedad? ¿Acaso no se ha dicho y reiterado que para ser poseedor basta ejercer sobre la cosa un poder de hecho?

A nuestro juicio todas las anomalías que existen en nuestros tres Códigos Civiles, de 1870, 1884 y 1932 tienen como origen los efectos que debe la ley reconocer a la posesión. Muy sencillo hubiera sido o no definir la posesión (por lo menos en los Códigos de 1884 y 1932) o en caso de definirla considerar solamente el hecho de la posesión, reglamentando debidamente los efectos de la posesión, pero sin tocar la definición.

Pero antes de entrar a estudiar, aunque sea someramente, tales efectos de la posesión, y después de haber puesto de resalto las graves incongruencias en que incurre el Código Civil de 1932, remitamos al lector a lo que dice el licenciado Ignacio García Téllez en la página 15 de su libro ya citado:

"Tres años va a cumplir el Código de estar sufriendo la espera de su vigencia. NO FUE SUFICIENTE SU TRIUNFO CONQUISTADO EN BUENA LID INTELLECTUAL, ni la eliminación de importantes reformas que no lograron salvarse; aun es muy poderosa la corriente *conservadora* que se opone a su vigencia..."

¿A qué se dará el nombre de triunfo ganado en buena lid intelectual?

LOS EFECTOS DE LA POSESION

El estudio de la posesión quizá carecería de interés, si no fuera por los efectos que, necesariamente, debe atribuir la ley a la posesión.

La posesión es un hecho que no puede pasar inadvertido ni puede ser soslayado por la ley. Si una persona posee una cosa y a la materialidad de la posesión va unida la voluntad de retener la cosa para sí, esto puede constituir una fuente permanente de conflictos con otras personas que ya sea porque tienen un dominio sobre la cosa, ya sea porque pretendan adquirir ese dominio, ya porque pretendan tener un mejor derecho a poseer, negarán el derecho del poseedor por medio de una demanda ante los tribunales o por medio de actos positivos que tiendan a privar al poseedor de la posesión.

Para evitar esos conflictos, o para resolverlos cuando se han presentado, deben reconocerse y reglamentarse los efectos que, en derecho produce el hecho material de la posesión, independientemente de la calidad de ella.

Lógicamente el primer efecto que debe producir la posesión es que debe ser defendida en quien la tiene. Esto no puede significar que esa defensa sea definitiva o inmutable; lo único que significa es que, en tanto que no se resuelve por medio de juicio quién es el propietario o quién es el que tiene mejor derecho a poseer, la posesión debe mantenerse en quien la tiene. Cuando se haya dictado sentencia, se procederá de acuerdo con los términos de ella.

Tradicionalmente la defensa legal de la posesión se ha manifestado por los siguientes medios:

- a) Por medio de una presunción de propiedad, que garantiza al poseedor contra los ataques de orden jurídico dirigidos contra su posesión.
- b) Por medio de acciones especiales llamadas interdictos.

Por medio de la presunción de propiedad establecida en su favor, cuando se trata de bienes muebles, el poseedor se convierte casi instantáneamente en propietario legal de la cosa. El Código Civil francés formula este principio diciendo: "En fait de meubles la possession vaut titre". Tratándose de muebles, la posesión vale por título.

Aunque con menos firmeza decía un antiguo proloquio latino: "In dubiis melior est conditio possidentis". En caso de duda es mejor la condición del que posee; lo que se tradujo en las Leyes de Partida: "Beato el que posee, magüer la cosa non fuere suya".

Cuando se trata de inmuebles la presunción de propiedad da al poseedor la enorme ventaja de que es demandado en juicio y, mientras no recaiga sentencia que le sea contraria, conserva la posesión. El poseedor demandado

no tiene que rendir prueba alguna para justificar su derecho; le basta con probar el hecho de su posesión. Si quien lo demanda no prueba su propiedad, o no prueba que tiene mejor derecho a poseer, la posesión quedará en manos del demandado poseedor.

Por medio de las acciones especiales denominadas "interdictos", el poseedor debe ser mantenido en la posesión, cuando es perturbado en ella o, en caso de haber sido desposeído, debe recuperar la posesión, hasta en tanto que no se demuestre en juicio, y recaiga sentencia ejecutoria, que otra persona es el propietario o tiene mejor derecho a poseer.

En México la posesión tiene defensas de carácter constitucional, que son las que constan en los artículos 14 y 16 de la Constitución, por virtud de las cuales "nadie puede ser privado de... sus posesiones, sino mediante juicio; ni nadie puede ser molestado en... sus posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente".

Repetimos, el poseedor, el decir, el que ejerce materialmente un poder de hecho sobre una cosa, no puede hacer valer su posesión contra el propietario de la cosa, cuando la ha recibido del propietario mediante un acto jurídico de los que no transmiten el dominio, sino sólo el poder de hecho sobre la cosa, como el arrendamiento, depósito, etc. Pero sí puede hacer valer su posesión contra TERCEROS distintos del propietario. Si la ley no diera a esta clase de poseedores los medios de defensa de su posesión, les estaría impidiendo que, en su oportunidad, puedan cumplir con su obligación de devolver la cosa al propietario.

Esta falta de protección posesoria en quien el Código de 1884 llamó poseedor a nombre de otro o "poseedor precario" fue un grave error y quizá el más grave que se echó en cara al Código. Como según él, quien poseía a nombre de otro, no era poseedor en derecho, no podía defender su posesión precaria contra terceros distintos del propietario. Esta es la absurda consecuencia de sostener que el poseedor precario, aunque tuviese la cosa materialmente en su poder, no era poseedor. El Código de 1932 —aunque disparatadamente— sí considera al poseedor precario como poseedor, por lo que automáticamente goza de las defensas de la posesión.

Consecuencia de todo lo que acabamos de decir es que *todo poseedor*, ya sea propietario, o arrendatario, o depositario, o poseedor sin título, de buena o de mala fe, debe gozar de todas las defensas posesorias. El mantener la posesión en quien la tiene no significa defender al ladrón o al despojador, sino significa solamente defender el hecho material de la posesión, hasta que otra persona pruebe que tiene mejor derecho a poseer. Pero repetimos, esa posesión o poder de hecho, no se puede hacer valer contra el propietario

en el caso de los que poseen en virtud de un acto jurídico de los que no transmiten el dominio. Esta salvedad no es modificar la idea de posesión como mero hecho, sino es una consecuencia del o los actos jurídicos que ligan al poseedor con el propietario.

Normalmente el propietario es a la vez poseedor de su cosa; de allí la *presunción* de propiedad establecida en favor del poseedor; pero este carácter de poseedor no lo pierde el que ejerce sobre la cosa un poder de hecho, cuando la tiene del mismo propietario, en virtud de un acto jurídico que no transmite el dominio. El ladrón y el despojador son poseedores, sin derecho, expuestos a la reivindicación y a las penas consiguientes al delito, pero son poseedores. Todo poseedor puede defender su posesión contra TERCEROS distintos del propietario.

LA PRESCRIPCION

De los efectos producidos por la posesión el más importante y trascendental es el de que la posesión es un primer paso para adquirir la propiedad, ya sea de los frutos de la cosa, ya sea de la cosa misma, en las condiciones marcadas por la ley.

Se entiende por prescripción positiva, o prescripción adquisitiva, o usucapción (que todos estos nombres suelen dársele), al medio de adquirir la propiedad de una cosa por virtud de la posesión, añadida al transcurso del tiempo y a la inacción del titular del derecho.

Una persona tiene en su posesión una cosa de la que no es propietario, pero que la ha recibido del verdadero propietario, en virtud de un acto de los que no transmiten el dominio. Esa posesión NO es apta para prescribir, enfrente del propietario, con quien está ligado por un acto jurídico.

En cambio, cualquiera otra posesión, sí es apta para prescribir. Si transcurre el tiempo, y el propietario no reclama su cosa, por virtud de la ley se desplaza la propiedad, del antiguo propietario, al poseedor.

Los legisladores de 1870 y 1884, convencidos de que la posesión es el poder de hecho ejercido sobre una cosa, se asustaron ante la posibilidad de que el arrendatario, el depositario, etc., verdaderos poseedores, pudieran alegar esa posesión como fundamento de una prescripción, en contra del propietario, de quien habían recibido la cosa. Y en lugar de decir, lisa y llanamente, que la posesión del arrendatario, depositario, etc., NO ERA APTA PARA PRESCRIBIR, declararon que el que posee a nombre de otro, no es poseedor en derecho. Con lo cual, por una parte desvirtuaron la naturaleza misma de la posesión, y por otra, produjeron una confusión en las ideas.

Los legisladores de 1932, que ya debían tener la experiencia de los Códigos anteriores, incurrieron en el mismo error, aunque ellos contradijeron su propia definición, al admitir un absurdo “poder de hecho”, ejercido a la vez por el propietario y por el arrendatario, depositario, etc.

La prescripción positiva o usucapión ha sido rudamente combatida en todos los tiempos. El sentido natural de justicia y el desarrollado amor a la propiedad se sublevan ante la idea de que el ladrón o el despojador, por el transcurso del tiempo, pueden legalmente llegar a convertirse en propietarios de la cosa robada.

Sin embargo, ya en las *Notas y Datos para el nuevo Código Civil*, promulgado el 31 de marzo de 1884, al referirse a los artículos 1090 y relativos que establecen la prescripción, dice el maestro don Miguel S. Macedo:

“En esta materia (de la prescripción positiva) sería lo mejor poder aceptar en la práctica la idea, *desgraciadamente impracticable*, que emitió Bentham cuando escribió: la edad de Néstor no debería bastar para asegurar al usurpador las prendas y el premio de su iniquidad; ¿por qué habría de haber una época en que el malhechor pudiera vivir tranquilo? ¿Por qué habría de gozar de los frutos de su delito bajo la protección de las leyes que ha violado?”

Por injusta que pueda parecer la solución de que, mediante la posesión, el transcurso del tiempo y la inacción del titular del derecho, se reconozca como legítimo propietario al ladrón o al malhechor, es sin embargo la única solución posible.

La justicia y la equidad nos dicen que todo el que posee la cosa de otro, debe ser obligado a devolverla en cualquier tiempo que se le reclame. Por eso decían los antiguos: *Ubi cumque res est, pro domino suo clamat*. En dondequiera que está la cosa, clama por su dueño. Pero por razones de *utilidad social* la ley se ha visto obligada a modificar este principio natural. Si se admitiera ese principio sin restricciones, se mantendría eternamente en suspenso la propiedad de las cosas, y con ello vendría la desorganización de la sociedad.

Este problema ha inquietado siempre a los juristas. Con toda claridad Marcel Planiol lo explica así:

“Los antiguos decían de la prescripción que era LA PATRONA DEL GÉNERO HUMANO, y en la exposición de motivos del título De la Prescripción (del Código Napoleón), dice de ella que es DE TODAS LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL, LA MÁS NECESARIA AL ORDEN SOCIAL. La

prueba de la propiedad sería imposible si no existiese la usucapión. ¿Por qué he llegado a ser propietario? Porque he adquirido la cosa por compra, por donación, por sucesión; pero yo no pude haber adquirido la propiedad por cualquiera de esos títulos, si mi causante a su vez no los tenía. La misma cuestión se presenta, en los mismos términos, para todos los poseedores sucesivos de la cosa, y si uno sólo de la serie no es propietario, todos los que le han seguido tampoco lo son. La prescripción suprime esta dificultad que sería insoluble. Bastará para ello cierto número de años de posesión. Se puede suponer también que el título de adquisición del poseedor actual o de uno de sus predecesores más cercanos se ha perdido o no es conocido; la prescripción viene en ayuda del poseedor. La prescripción, pues, desempeña un papel social considerable; sin ella ningún patrimonio estaría a salvo de reivindicaciones imprevistas. Es cierto que, en algún caso, la usucapión puede aprovechar a un poseedor SIN TÍTULO Y DE MALA FE y la usucapión servirá entonces para cubrir un despojo; pero este hecho es raro y más raro será que el propietario despojado por la usucapión, no tenga su parte de culpa por su negligencia. ¿Por qué ha estado tanto tiempo sin ejecutar un acto de posesión sobre su cosa o sin reclamarla? Se le concede un plazo suficiente para conocer la usurpación cometida contra él y para protestar contra ella. Los resultados contra la equidad que pueden producirse de esta manera, no son mayores que las ventajas decisivas que la usucapión acarrea todos los días." (M. Planiol. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. N° 2645.) Si la usucapión es una *necesidad social*, queda solamente reglamentar su funcionamiento.

Como hemos dicho, las garantías posesorias deben darse a cualquier poseedor, considerando como tal al que ejerce un poder de hecho sobre la cosa. Este es un efecto importante, que se deriva del mero hecho de la posesión. Pero para que se produzca el otro efecto de la posesión, o sea la transmisión de la propiedad, por el hecho de la posesión, el transcurso del tiempo y la inacción del titular del derecho, no debemos tomar en cuenta el solo hecho de la posesión, sino que ésta debe tener ciertas calidades, que son indispensables lógicamente. Tales calidades o condiciones de la posesión son:

a) Que sea pública; b) que sea pacífica; c) que sea continua. El Código de 1884 caracterizaba estas tres calidades diciendo que es posesión pública la que se disfruta de manera que pueda ser conocida de los que tienen interés en interrumpirla; es pacífica la posesión que se adquiere sin violencia; es continua la que no se ha interrumpido por algún medio.

Como decimos, lógicamente son indispensables estas tres condiciones en la posesión para poder prescribir. Por la posesión, el transcurso del tiempo y la inacción del titular del derecho, el que ha sido desposeído de una cosa pierde la propiedad de ella en favor del nuevo poseedor. Para que se produzca ese efecto, es indispensable que, por parte del propietario haya habido negligencia para reclamar ese derecho. Tal negligencia no puede suponerse cuando la posesión no ha sido pública; esto es, cuando no ha sido ni pudo haber sido conocida por el propietario, que tiene interés en interrumpirla.

Si el poseedor ha sido perturbado en su posesión, por ejemplo, por una demanda reivindicatoria, tampoco puede suponerse negligencia por parte del propietario quien, muy por el contrario, está exigiendo judicialmente su derecho.

Por último, fundándose también la posesión en que ésta sea efectiva por determinado tiempo, si la posesión no ha sido continua, sino a intervalos que verdaderamente interrumpen la posesión, no hay tal posesión por el tiempo exigido por la ley.

Estas son las calidades o condiciones que debe reunir la posesión considerada como mero hecho, para que pueda servir de base a la prescripción adquisitiva o usucapión.

Sin embargo, desde el Código de 1870, al enumerarse las calidades que debe tener la posesión necesaria para prescribir se dice:

Art. 1187.—La posesión *necesaria* para prescribir, debe ser: 1º FUNDADA EN JUSTO TÍTULO; 2º de buena fe; 3º pacífica; 4º continua; 5º pública.

El artículo 1079 del Código Civil de 1884 copió en sus términos la disposición del Código de 1870.

De los términos tan categóricos de que se sirven los dos códigos mencionados parece desprenderse que solamente puede verificarse la prescripción positiva o usucapión, cuando además de ser la posesión pública, pacífica y continua, está fundada en justo título y es de buena fe.

Pero es evidente que los términos usados por los legisladores rebasaron su intención. O si se quiere (y pudiera ser ésta la verdad) son una pequeña argucia de los legisladores para que, de primera intención, no se les haga el cargo de que favorecen al ladrón o al despojador. No se olvide que en la exposición de motivos del Código de 1870 piden que, antes de formarse juicio sobre el título relativo a la posesión, se lea todo el título.

Vamos a demostrar que los términos de que se valen los legisladores del siglo pasado no corresponden a su intención.

En efecto, en el Código de 1870 está el artículo 1194 que establece que “Todos los bienes inmuebles se prescriben con buena fe en veinte años, y CON MALA FE EN TREINTA...”

En el Código de 1884, en el artículo 1086 se repite, en esencia esta disposición, aunque con una modificación importante, que consiste en que se reducen los plazos de prescripción, para mala y buena fe, respectivamente, a veinte y diez años.

El justo título, según lo definían los artículos 1188 y 1080, respectivamente, de los códigos de 1870 y 1884, es el que es bastante para transferir el dominio. Aunque, claro es, debe suponerse que no transmitió el dominio por algún vicio del título.

La buena fe, según el artículo 830 del Código de 1884 (que modificó un poco lo prevenido por su concordante 927 del de 1870) se hace consistir en: “Es poseedor de buena fe el que tiene o fundadamente cree tener un título que el título es insuficiente o vicioso”.

En el artículo 832 del Código de 1884, que concuerda a la letra con el 929 del de 1870, se dice: “Es poseedor de mala fe el que posee SABIENDO QUE NO TIENE TÍTULO; el que sin fundamento cree que lo tiene y el que sabe que el título es insuficiente o vicioso”.

Ahora bien, el que sabe QUE NO TIENE TÍTULO PARA POSEER, es poseedor de mala fe. Es decir, al poseedor que se encuentra en este caso, le faltan a la vez dos de las calidades que los códigos que venimos examinando consideran *necesarias* para prescribir: el justo título y la buena fe.

Si, por otra parte, en esos mismos códigos, en los artículos que ya hemos citado, se dice que los bienes inmuebles se prescriben CON MALA FE en 30 años, según el Código de 1870 y en 20 años, según el Código de 1884 es absolutamente evidente que, ni el justo título ni la buena fe son NECESARIOS para que pueda operarse la usucapión o prescripción positiva.

Lo único que acontece en realidad es que el poseedor de buena fe, prescribe en un plazo de tiempo menor, que el poseedor de mala fe. Pero los poseedores, ya sean de buena o de mala fe, TENGAN O NO TÍTULO PARA POSEER, pueden beneficiarse con la usucapión. Lo cual está en un todo de acuerdo con la teoría de la usucapión.

Con lo que se pone al descubierto la pequeña argucia de los legisladores de 1870 y 1884 con la que quisieron evitar que, de primera intención, se les acusara de favorecer a los ladrones y despojadores. Esta argucia ha traído después consecuencias incalculables porque los legisladores de 1932, sin conocer a fondo los códigos de 1870 y 1884, en forma imperdonable, incurrieron en el mismo error de sus predecesores.

Los legisladores de 1932, desde luego menos juristas que sus predecesores, acabaron de hacer de la posesión y de su consecuencia la prescripción, un verdadero embrollo.

El Código de 1932 ha definido al poseedor como el que ejerce sobre la cosa un poder de hecho; sin embargo, considera al propietario —arrendador— y al arrendatario, como ejerciendo, a la vez, un *poder de hecho* sobre la cosa arrendada. Da la impresión de dos perros disputándose un mismo hueso.

Al tratar de la posesión, los legisladores de 1932 dicen en la exposición de motivos que, “aspiraron a apartarse de toda ficción legal”; que ampararon la posesión “en sí, como hecho, sin reglamentarla como una derivación forzosa de la propiedad”.

Véamos qué dice su código. El artículo 1151 dice: “La posesión *necesaria* para prescribir debe ser: 1º EN CONCEPTO DE PROPIETARIO; 2º pacífica; 3º continua; 4º pública.

Si la posesión, según los legisladores de 1932, no quieren reglamentarla como una *derivación forzosa* de la propiedad, ¿por qué la posesión necesaria para prescribir, debe ser en concepto de propietario?

Fácilmente se entiende la razón del disparate. Para los legisladores de 1932, el propietario tiene una posesión ORIGINARIA (aunque esta *posesión* sea puramente simbólica) y el que ha recibido la posesión del propietario, pero no la propiedad, tiene una posesión DERIVADA. Los dos, propietario y poseedor son poseedores. Pero como el que tiene la posesión DERIVADA no puede prescribir o adquirir por usucapión la cosa de la que tiene la posesión, pero no la propiedad, en virtud de un acto jurídico; y como la posesión ORIGINARIA solamente la tiene el propietario, la consecuencia es que para cerrar el camino a la prescripción del poseedor DERIVADO, la posesión necesaria para prescribir debe ser EN CONCEPTO DE PROPIETARIO. ¡Y así se pretendió haber mejorado el Código Civil de 1884!

Tomando al pie de la letra lo prevenido por el artículo 1151 citado, llegaríamos al absurdo de que, sólo puede prescribir o adquirir por usucapión EL QUE YA ES PROPIETARIO. Con lo que saldrían sobrando todas las disposiciones del Código Civil de 1932 relativas a la posesión y a la prescripción.

Pero no hay tal. Olvidaron los legisladores de 1932 que, de acuerdo con su novedosa terminología, el propietario tiene una posesión ORIGINARIA y el que posee por el propietario, tiene una posesión DERIVADA. Lo más sencillo entonces hubiera sido decir que la posesión necesaria para prescribir debe ser ORIGINARIA. Pero si la posesión originaria, solamente la tiene el que ya es propietario, ¿qué necesidad tendría de la usucapión para adquirir una propiedad que ya tiene?

Quizá podrían haber dicho, dentro de la misma novedosa terminología, que la posesión necesaria para prescribir debe ser NO DERIVADA. Con lo que se cerraría el camino de la usucapión al que posee la cosa, porque la recibió del propietario en virtud de un acto jurídico, que no transmite el dominio.

Pero las ficciones legales son muy peligrosas (y ficción legal, por no decir verdadero disparate) es hacer poseedores a la vez, o sea ejerciendo a la vez un poder de hecho al propietario y al inquilino, por ejemplo.

Si se dijese que la posesión necesaria para prescribir debe ser NO DERIVADA, se piensa inmediatamente, por contrapartida, en la posesión originaria; y como la posesión originaria solamente la tiene el propietario, volveríamos a caer en el mismo error ya apuntado.

Según el artículo 806, "Es poseedor de mala fe EL QUE ENTRA A LA POSESIÓN SIN TÍTULO ALGUNO PARA POSEER; lo mismo que el que conoce los vicios de su título, que le impidan poseer con derecho."

¿Quiénes pueden entrar a poseer sin derecho? El ladrón, el despojador, el que halla una cosa perdida, etc. Ninguno de ellos tiene título para poseer y por tanto, son de mala fe. Igualmente es poseedor de mala fe quien tiene un título aparente que le da derecho a poseer, pero cuyos vicios conoce.

Estrictamente hablando, dentro de la terminología del Código de 1932 no puede decirse que el ladrón, el despojador, etc. posean EN CONCEPTO DE PROPIETARIO.

Cuando el Código habla en los artículos 1152 y 1151 de la posesión en concepto de propietario, está usando un rodeo peligroso, tan sólo por no hablar del "animus" como elemento esencial de la posesión. La intención de poseer *para sí*, o sea el elemento intencional de la posesión, está imbíbida en cualquier definición de posesión. La llamada "teoría objetiva" no niega, ni puede negar la "intención" como elemento esencial de la posesión. Lo que hace esa teoría es PRESUMIR la intención, ante el *hecho material* de la posesión. Por eso el artículo 825 del Código Civil de 1884 (que también se encuentra en el de 1870) dice: "El poseedor tiene a su favor la presunción de POSEER POR SÍ MISMO". Con esta disposición, ya lo hemos dicho, se redondea perfectamente la teoría "objetiva" de la posesión.

Los legisladores de 1932 suprimieron lisa y llanamente el artículo. Y todavía pretenden haber establecido por primera vez, en la ley, la teoría objetiva de la posesión.

Aunque todo esto parece ser un callejón sin salida, nosotros creemos que la solución del problema está en volver a la primitiva sencillez, que los legis-

ladores de 1870 tuvieron temor de expresar; pero que los legisladores de 1932 debieron decir francamente.

1. La posesión es un mero hecho.
2. La posesión, en abstracto, es completamente independiente de la propiedad, por más que haya entre ellas una íntima relación.
3. El poseedor, por el sólo hecho de poseer y sin tener en cuenta la calidad de su posesión, debe gozar de protección posesoria.
4. El poseedor salvo el que ha recibido la cosa del propietario en virtud de un acto jurídico, puede llegar a prescribir.

En el Código Civil de 1932 se han fijado los plazos para la prescripción en la forma siguiente:

Art. 1152.—Los bienes inmuebles se prescriben:

1. En cinco años, cuando se poseen en concepto de propietario, con buena fe, pacífica, continua y públicamente;
2. En cinco años, cuando los inmuebles hayan sido objeto de una inscripción de posesión (novedad en el Código).
3. En diez años, cuando se posean de *mala fe*, si la posesión es *en concepto de propietario*, pacífica, continua y públicamente.

Por lo que se refiere a la buena o mala fe, el artículo 806 las define de la siguiente manera:

“Es poseedor de buena fe el que entra a la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho a poseer. También lo es el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho. Es poseedor de mala fe el que entra a la posesión SIN TÍTULO ALGUNO PARA POSEER; lo mismo que el que conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho. Se entiende por título la causa generadora de la posesión.”

El Código de 1884 definía el justo título, como aquel que es bastante para transmitir el dominio; aunque en el caso particular no lo haya transmitido.

El Código de 1932, que quiere independizar la posesión de la propiedad, no habla de justo título como el que puede transmitir la propiedad, sino como el que da derecho a poseer. Nos explicaremos.

El artículo 806 dice que es poseedor de buena fe el que entra a la posesión en virtud de un título suficiente *para darle derecho a poseer*.

Para poner de manifiesto lo absurdo de esta disposición legal, pongamos un ejemplo. El que toma en arrendamiento una casa, recibe del propietario la

posesión de la misma en virtud de un contrato de arrendamiento. Ese contrato de arrendamiento es para el inquilino UN TÍTULO SUFICIENTE PARA *darle derecho a poseer*. ¿No es así? Porque de no ser así, no podría considerarse al arrendatario como poseedor derivado, en los términos del artículo 791.

Luego el arrendatario es un poseedor de buena fe, porque posee en virtud de un título suficiente para darle derecho a poseer.

Y si la lógica no es ciencia vana, el arrendatario, como poseedor de buena fe, puede adquirir por prescripción la cosa arrendada en 5 años.

Por supuesto que no fue tal cosa la que quisieron expresar los legisladores de 1932, pero eso es lo que dicen al pie de la letra. Quisieron mejorar el Código de 1884, pero no supieron cómo.

Claro que se podría argüir en contra de ese razonamiento que, por disposición del artículo 1151, la posesión necesaria para prescribir debe ser en concepto de propietario, y que el arrendatario no posee en concepto de propietario.

Muy cierto. Pero todo esto no es sino enredar las cosas sin necesidad. Más sencillo, pero mucho más sencillo es decir: "TODA POSESIÓN ES APTA PARA PRESCRIBIR, SALVO LA DE QUIENES HAN RECIBIDO LA COSA EN VIRTUD DE UN ACTO JURÍDICO QUE NO TRANSMITE EL DOMINIO."

La fracción III del artículo 1152 determina que el poseedor de mala fe puede adquirir por prescripción un inmueble, en diez años. El artículo 806 dice que es poseedor de mala fe el que entra a la posesión sin título para poseer, así como el que conoce los vicios de su título. De cualquier manera, el poseedor de mala fe es poseedor y su posesión es apta para prescribir, aunque en un plazo mayor que el del poseedor de buena fe.

Por tanto, tampoco es verdad que la posesión *necesaria* para prescribir debe ser en concepto de propietario.

Todavía más, el artículo 1155 dice: "La posesión adquirida por medio de un *delito* se tendrá en cuenta para la prescripción, a partir de la fecha en que haya quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal, considerándose la posesión como de mala fe."

Por el afán de modificar, a como diciera lugar, lo hecho por los juristas de 1870 y 1884, los legisladores de 1932, dizque apoyándose en el libro "genial" de von Ihering sin entenderlo, hicieron un completo embrollo de la posesión y de la prescripción.

Porque, bien mirado, si el ladrón que ha adquirido la posesión por medio de un delito puede llegar a prescribir, ¿puede sostenerse que su posesión es en concepto de dueño?

El ladrón tiene la posesión, con el "animus" de tenerla para sí, y no en nombre de otro. Por eso su posesión es apta para prescribir.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884, no obstante sus errores en la difícil materia de la posesión, cumplieron decorosamente su cometido durante muchos años. Al hacerse la revisión de 1932 hace más de treinta años hubo una oportunidad de mejorarlos, suprimiendo verdaderamente las ficciones legales y reglamentando la posesión, como lo que es realmente: un hecho.

Por desgracia los titubeos y contradicciones del Código Civil de 1932 sólo empeoraron la situación; por ello nada tiene de extraño que, en materia de posesión y de prescripción, haya errado el criterio de los tribunales en muchas ocasiones.

Vamos a referirnos someramente a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en esta materia, porque esa jurisprudencia influye, como es natural en los demás tribunales de la República.

JURISPRUDENCIA

Para mejor comprensión de la crítica de la jurisprudencia que vamos a hacer, es necesario insistir en que, desde el Código Civil de 1870, pasando por el de 1884, hasta el de 1932, es un principio firmemente admitido el de que, el poseedor de mala fe puede adquirir por prescripción positiva o usucapión, en un plazo igual al doble del que se requiere para el mismo efecto, cuando se trata de poseedor de buena fe.

En los tres Códigos se considera como poseedor de mala fe al que posee sin título alguno, así como al que conoce los vicios de su título.

Por las causas que ya hemos examinado, en los Códigos de 1870 y 1884 se dice que la posesión necesaria para prescribir debe estar fundada en justo título y buena fe. En el Código de 1932 se dice que la posesión necesaria para prescribir debe ser en concepto de dueño.

Pero creemos haber demostrado que la exigencia del título justo y de la buena fe en los tres Códigos, es correcta, *como regla particular*, cuando se trata de adquirir la propiedad por prescripción en el plazo de 20 años en un caso; de 10 en otro, y de 5 en el Código actual. Pero cuando se trata de la prescripción que alega el poseedor de mala fe, precisamente por el hecho de que el poseedor es de mala fe, ni puede exigirse el justo título y la buena fe, ni puede exigirse el concepto de dueño. Basta la lectura de las disposiciones legales que ya hemos examinado, para convencerse de la verdad de lo que afirmamos.

No recordamos que en tiempos pasados alguien haya sustentado la extraña teoría de que el que posee sin título alguno, jamás puede llegar a prescribir. Siempre se había considerado que el poseedor de mala fe (el que no tiene título alguno o conoce los vicios de su título) prescribe en un plazo igual al doble del requerido para el poseedor de buena fe.

Por eso nos ha causado profunda sorpresa la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de prescripción.

Tomamos del "SUPLEMENTO AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN", del año de 1959 las siguientes tesis de la Suprema Corte de Justicia, que citamos al pie de la letra:

PRESCRIPCIÓN POSITIVA DEL POSEEDOR.—Es necesario revelar el origen de la posesión para prescribir. Para usucapir es *absolutamente indispensable* que se posea "animus domini" y no basta decir en un juicio que se tiene ese animus, sino que es preciso además probar de manera fehaciente los hechos en que se funda el concepto de dueño para que el juzgador pueda resolver si está cumplido este requisito fundamental de la prescripción. AMPARO DIRECTO. 3185/51/1a. *Sofía Castro Calderón*. 22 de marzo de 1954. 4 votos (página 371).

Más explícita todavía es la siguiente tesis que aparece al final de la misma página 371 del Suplemento, y que dice:

PRESCRIPCIÓN POSITIVA, LA POSESIÓN ÚTIL PARA ELLA, QUE SE DISFRUTA EN CONCEPTO DE PROPIETARIO, DEBE ESTAR BASADA EN UN TÍTULO TRASLATIVO DE DOMINIO.—Para que pueda operarse la usucapión, se requiere que el poseedor demuestre la existencia de un título traslativo de dominio que sea causa generadora de la posesión y fundamento para que ésta se inicie. La posesión debe ser en concepto de propietario y lo es tan sólo cuando el poseedor se apoya en un título, pues no basta ni su estimación meramente subjetiva, ni su afirmación de que tiene el ánimo de dueño, ya que, como lo ha declarado esta Sala, el disfrute de la posesión en concepto de dueño debe ser precisamente mediante la existencia de un título traslativo de propiedad. AMPARO DIRECTO (6778/50/2a. *Elisa Huerta viuda de Villafuerte*. 28 de abril de 1958. 5 votos).

Otra tesis no menos importante es la que se sustenta en la página 375 del SUPLEMENTO, en la que se dice:

PRESCRIPCIÓN POSITIVA, POSESIÓN NECESARIA PARA ADQUIRIR POR.—El artículo 1151 del Código Civil en materia federal, establece que la posesión necesaria para prescribir debe ser en concepto de propietario, pacífica, continua y pública y aun cuando el quejoso haya acreditado con las pruebas

rendidas que la posesión que viene disfrutando, ha sido pacífica, continua y pública, no acreditó la existencia del primer requisito a que se refiere el precepto comentado o sea el de tener la posesión en concepto de propietario, pues no demostró la existencia de un título traslativo de dominio en su favor, para que el disfrute de la posesión de los terrenos en litigio fuera en concepto de dueño. AMPARO DIRECTO 2773/49/1a. *Cándido Domínguez Guzmán*. 3 de junio de 1952. 4 votos.

Son unas veinte las ejecutorias relacionadas con la prescripción positiva o usucapión, las que se citan en el Suplemento de donde hemos tomado las anteriores, porque nos parecen las que mejor exponen el criterio actual de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tanto en la Sala Auxiliar, mientras funcionó, como en la Sala Civil, o sea la Tercera.

Apoyándose en el genial libro (¿por qué genial?) de von Ihering, la Comisión que redactó el Código Civil de 1932 sostiene que: "... Fué paulatinamente abandonándose la doctrina clásica que exigía dos elementos para que la posesión existiera: el corpus y el animus, o sea la tenencia de la cosa y el propósito de tenerla para sí... Los Códigos Civiles promulgados después de la publicación de la citada obra, y que son: el Alemán, el Austro-Húngaro, el Suizo y el Brasileño, francamente abandonaron la escuela subjetiva y sólo tuvieron en cuenta el animus como un elemento revelador de dependencia en que se encuentra la cosa poseída respecto del poseedor, elemento que consideraron también desde un punto de vista netamente objetivo... Con tales precedentes la Comisión se separó de la doctrina subjetiva que en materia de posesión campea en el Código Civil de 1884..."

Vamos a tratar de traducir un poco lo anterior. La escuela clásica, dicen los legisladores de 1932, exige para que exista la posesión dos elementos: la tenencia de la cosa y el propósito de tenerla para sí.

No una escuela clásica, sino cualquier escuela, no puede por menos de exigir, para que se pueda tener por existente una posesión, que haya esos dos elementos. La mera juxtaposición de cosa y persona, no constituye posesión. Los pasajeros de un camión, no *poseen* el camión; un cohete encendido en manos de una persona, no es *posesión* de esa persona, que precisamente lo que quiere es soltarlo; el preso no *posee* sus cadenas. Para que haya verdadera posesión, es necesario que, a la materialidad de la tenencia de la cosa, vaya unida la voluntad de retener esa cosa "para sí". El libro de von Ihering, que no es sino una apasionada polémica con Savigny, no suprime el elemento intencional de la posesión, sino que, ante el "hecho" de la posesión, presupone la intención de retener para sí.

Nuestros legisladores de 1870 y 1884, más geniales que von Ihering años después, plasmaron esta idea en el artículo 922 (de 1870) y 825 de (1884) diciendo: "El poseedor tiene a su favor la *presunción* de poseer por sí mismo".

Como dijimos en su lugar, esta presunción, añadida a la definición de posesión que dieron aquellos códigos como "la tenencia de una cosa o el goce de un derecho" redondea perfectamente lo que después se ha conocido como teoría *objetiva* de la posesión. No se suprime en la posesión el elemento intencional; solamente se presume que el que tiene una cosa en su poder, la tiene para sí.

Se dice que los códigos expedidos con posterioridad al libro de von Ihering sólo tuvieron en cuenta el *animus*, como elemento revelador de dependencia en que se encuentra la cosa poseída respecto del poseedor.

Sin tantos requilorios, los legisladores de 1870 y 1884, aunque equivocadamente, expresaron esa idea así: "El que posee a *nombre de otro*, no es poseedor en derecho".

La Comisión redactora del Código de 1932 dice también: "La posesión es la consagración que el Derecho hace de una situación *de hecho* Y NO SE NECESITA AVERIGUAR DESDE EL PUNTO DE VISTA PURAMENTE INDIVIDUAL LO QUE QUIERE Y PIENSA EL BENEFICIARIO DE LA SITUACIÓN DE HECHO, sino como afecta ella a la colectividad a la que pertenece como miembro. Más, según que el poseedor *reconozca o no en otro el derecho de propiedad de lo poseído, producirá la posesión diferentes efectos, SOBRE TODO EN LO RELATIVO A LA PRESCRIPCIÓN.*"

Este es el nudo de la cuestión: Es poseedor el que ejerce sobre una cosa un poder de hecho; al que ejerce ese poder de hecho se le concede la presunción (únicamente presunción, que admite prueba en contrario) de que retiene la cosa para sí, o sea en su propio nombre y no porque reconozca la propiedad de la cosa en otra persona.

Por eso el artículo 1151 del Código de 1932, establece que: "La posesión necesaria para prescribir debe ser: 1º EN CONCEPTO DE DUEÑO.

Es decir, para el Código actual, para que el poseedor pueda prescribir es necesario que posea EN NOMBRE PROPIO y no a nombre del propietario; es decir que el poseedor SE SIENTA PROPIETARIO DE LA COSA, aunque no lo sea.

El Código de 1932 (según la exposición de motivos) pretende borrar en la posesión hasta la huella del elemento intencional. Pero por una pirueta que no acertamos a explicarnos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contrariando la letra y el espíritu del Código Civil, no solamente revive eso que quisieron borrar los autores del Código, o sea el elemento intencional, sino que contra toda lógica, contra la ley y contra nuestros antecedentes legis-

lativos, hace del elemento intencional no sólo un elemento esencial de la posesión, sino el pivote en que gira la posesión.

¿Cómo se ha producido este sorprendente resultado? ¡Misterio!

Dicen también los autores del Código de 1932: "Se estudió la posesión INDEPENDIÉNDOLA DEL DERECHO DE PROPIEDAD, y *de cualquiera otro acto jurídico que le sirviera de título*".

No cabe pues duda, acerca de cuál fue la intención de los autores de ese Código, en lo relativo a la posesión, como base y fundamento de la usucapión. Para dichos señores (que no decían nada nuevo en México), la posesión es un mero hecho, independiente del derecho de propiedad y de cualquiera acto jurídico que le sirva de título. Y creyeron haber plasmado su intención en las disposiciones respectivas.

Los legisladores de 1932 reclaman orgullosamente para sí el haber sido los primeros en México en seguir los postulados de la obra "genial" de von Ihering; pero creemos haber demostrado que fueron nuestros legisladores de 1870, secundados por los de 1884 quienes, aunque un tanto temerosamente, formularon los principios de lo que años después se conoció como "teoría objetiva" de la posesión. Su error estuvo en haber tenido miedo a las críticas y haber exigido que, para prescribir, la posesión debería ser con justo título y de buena fe. Aunque después, como no podría menos de suceder, permitieron que el que no tiene título ni buena fe, pueda prescribir en plazo doble al exigido para el poseedor de buena fe.

Esta pequeña artimaña, esta falta de claridad al distinguir los diferentes efectos que produce la posesión, según que sea de buena o de mala fe, dio por resultado que los legisladores de 1932 pudieran pararse el cuello, diciéndose muy modernos secuaces de la teoría de von Ihering, aunque los términos de que usaron al redactar el Código, no corresponda a lo que dicen que fue su intención.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se agarra con uñas y dientes a los términos literales del artículo 1151 del Código Civil de 1932, que dice que la posesión necesaria para prescribir, debe ser *en concepto de propietario*; de allí salta a sostener que ese "concepto de propietario" sólo puede tenerlo quien posea un título de los que transmiten el dominio, para poseer. Y, finalmente, niega al poseedor de mala fe la posibilidad de adquirir por usucapión.

El efecto más importante de la posesión consiste en que es un medio de

llegar a adquirir legalmente la propiedad. Es, podríamos decir, un escalón para llegar a la propiedad.

Por la simple transcripción de las disposiciones legales relativas del Código Civil de 1932, ha quedado demostrado que QUIEN NO TIENE TÍTULO ALGUNO PARA POSEER, también puede adquirir por usucapión. Para que no quede duda, haremos nuevamente la demostración.

El artículo 1152 dice que: "Los bienes inmuebles se prescriben: . . . II.—En diez años, *cuando se poseen de mala fe*.

El artículo 806 dice: "Es poseedor de mala fe el que entra a la posesión sin título alguno para poseer; lo mismo que el que conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho. Entiéndese por título la causa generadora de la posesión".

En consecuencia, el poseedor de mala fe (que *no tiene título* o que conoce los vicios de su título) puede prescribir o adquirir por usucapión bienes inmuebles en diez años.

Por tanto, es contraria a la letra de la ley, a la recta y jurídica interpretación de la ley, a la doctrina y a nuestros antecedentes legislativos, la tesis que sustenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando dice que:

"Para que pueda operarse la usucapión, se requiere que el poseedor demuestre la existencia de un título traslativo de dominio que sea la causa generadora de la posesión".

De no interpretarse y entenderse así las disposiciones del Código Civil de 1932, nos atreveríamos a preguntar a la Suprema Corte de Justicia: ¿cuándo tiene o puede tener aplicación la fracción II del artículo 1152?

La ley dice muy claramente que es poseedor de mala fe el que posee sin título alguno, y que el poseedor de mala fe puede adquirir por usucapión en diez años.

La Suprema Corte dice que no hay usucapión, sino cuando la posesión se funda en un título traslativo de dominio.

Del lado de la ley están la razón y la necesidad social. En esta contienda debería triunfar la ley; pero en tanto que la ley solamente está escrita en el papel, la opinión de quienes forman la Suprema Corte es un voto, y por la mayoría de ellos, se resuelven los amparos. Justicia —dijo agudamente el maestro don Jacinto Pallares— es el voto de tres en sala de cinco.

No ha faltado quien nos diga que, con esta jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia pretende volver al sistema del Código de 1884, que le parece mejor que el actual. Eso no es admisible.

Ya desde el Código de 1870, y luego en el Código de 1884, se reconoce

que el poseedor de mala fe, que no tiene título alguno para poseer o que conoce los vicios de su título, puede llegar a ser propietario por medio de la usucapión.

Sería ridículo que a estas alturas, después de tantos años de publicada la obra "genial" de von Ihering, y después de la evolución fundamental de las ideas en lo relativo a la propiedad (no derecho, sino función social) todavía se pretenda extender la protección a la propiedad, hasta límites jamás soñados. El principio "Ubi cumque res est, pro domino suo clamat", pudo ser aplicable en su tiempo y en sus circunstancias, es decir, hace siglos.

En la actualidad, la conservación del orden social, la estabilidad del derecho de propiedad, hacen de ese principio algo inadmisibles.

Si, como dice Planiol, con la prescripción resulta a veces favorecido el ladrón, no deja de tener su parte de culpa el propietario que, en diez largos años que la ley exige para la usucapión de mala fe, no ha hecho nada para reclamar su cosa. "Ius civile vigilantibus scriptum est."

Probablemente la Suprema Corte de Justicia sienta repugnancia en reconocer la usucapión en favor de los poseedores de mala fe, que han cumplido con los demás requisitos legales; pero la primera obligación del juzgador es juzgar "secundum legem" y no "contra legem". Si la Suprema Corte considera que la ley está mal en este punto, no hay que olvidar que la reforma de las leyes es función legislativa y no judicial.

Es preferible aplicar la ley, aunque a veces parezca equivocada, que no introducir un elemento de disolución social, al fallar descaradamente contra la ley. Con mucha razón dijo d'Argentré: "Folle est la sagesse qui veut se montrer plus sage que la loi."

Como un eco de lo resuelto y fallado por la Suprema Corte de Justicia el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal también se muestra contrario a la usucapión de los poseedores de mala fe.

En el año de 1960 se editó en varios tomos el "Índice General de la Jurisprudencia Civil" de dicho Tribunal, y en la página 173 del tomo que corresponde a las letras F a V, puede leerse:

"A este efecto hay que invocar en apoyo de los razonamientos expresados varias ejecutorias de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las que se establece: Aun cuando la quejosa haya llenado los requisitos establecidos por el artículo 1151 del Código Civil, acreditando que la posesión de que viene disfrutando ha sido pacífica, continua y pública, *si no comprobó la existencia de un título traslativo de dominio*, no ha llenado el primer requisito establecido por el citado precepto, o sea, que disfruta de la posesión en

concepto de dueño. Consecuentemente, en los términos de la ley positiva en vigor y de la *jurisprudencia establecida* ya por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación que ha dictado últimamente otras *múltiples* ejecutorias en el mismo sentido, es lógico y jurídico deducir que, al determinar el Juez *a quo* la improcedencia de la acción ejercitada por la actora, obró en términos estrictos de derecho y con apego exacto a las determinaciones de la ley y de la jurisprudencia, no incurriendo por lo mismo en las violaciones que se le imputan. . . .”

Entre el abogado jurista y el “licenciado” codiguero, hay un abismo. En tanto que el abogado que conoce la teoría del Derecho, busca en el Código la disposición que necesita y que sabe que allí debe estar, el codiguero busca en el Código para ver qué encuentra.

El codiguero olvida que un Código —aunque tenga defectos— es un todo armónico y coherente de tal manera, que las disposiciones no deben tomarse aisladamente, sino concertando unas con otras.

Para cualquier abogado es evidente que el requisito de “en concepto de dueño” a que se refiere el artículo 1151 no significa más que el poseedor, para poder usucapir, debe poseer para sí, en nombre propio, como si fuera dueño. Porque si posee a nombre de otro, o como hoy se dice, con posesión solamente derivada, está ligado por un acto jurídico con el propietario de la cosa que posee y, por tanto, no posee para sí, ni a nombre propio, ni en concepto de dueño.

Al leer en la tesis del Tribunal Superior de Justicia que “el juez *a quo* declaró improcedente la acción ejercitada por la actora”, nos damos cuenta de que, en el lugar indicado, no hicimos referencia a una situación especial de la prescripción, tratada en el Código Civil de 1932. La disposición a que vamos a referirnos es no sólo buena, sino excelente. Pero bien entendida, no al estilo de la Suprema Corte.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 el poseedor (de buena o de mala fe) que hubiera poseído pacífica, pública y continuamente, estaba siempre expuesto a un juicio reivindicatorio. Claro es que, si había completado el tiempo necesario para prescribir, según la calidad de su posesión, podía rechazar la acción intentada contra él por medio de la excepción de prescripción. Si durante el juicio probaba su excepción, quedaba a salvo. Esta situación era anómala y molesta y su misma incertidumbre producía el antieconómico efecto de inmovilizar la propiedad. El poseedor, aunque hubiera completado el plazo de prescripción, solamente podía transmitir su posesión, pero no la propiedad, porque no la tenía.

Para resolver este problema, y para no dejar al arbitrio de una persona el ejercitar o no su acción reivindicatoria, en el Código Civil de 1932 aparece el artículo 1156, que dice:

“El que hubiere poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas por este Código para adquirirlas por prescripción, puede promover juicio contra el que aparezca como propietario de esos bienes en el Registro Público, a fin de que se declare que la prescripción se ha consumado y que ha adquirido, por ende, la propiedad.”

Concordando con la disposición transcrita y sirviéndole de complemento, está el artículo 1157, que dice:

“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 decimos, estas disposiciones legales son excelentes y no vamos a regatear nuestro aplauso a los autores del Código. El que tiene un derecho puede ejercitarlo en juicio, ya sea por vía de acción, ya sea por vía de excepción. Si al poseedor de cosa ajena se le concede la excepción de prescripción, nada hay que impida que pueda ejercitar su derecho por vía de acción. Es decir, en vez de esperar indefinidamente a ser demandado para hacer valer su derecho, se le convierte en actor para el mismo efecto.

Buena es también la disposición legal que establece la “inscripción de posesión” para los bienes inmuebles; aunque preferimos no hacer referencia a ella, por los fraudes a que se presta por ignorancia de litigantes y jueces.

Por supuesto que no faltará quien diga que la acción para que se declare consumada la prescripción y que por ello el poseedor se ha convertido legalmente en propietario, sólo se entiende respecto del poseedor de buena fe, que posee en concepto de dueño.

Si se admite (y no puede por menos de admitirse, porque así lo sostienen la doctrina y la ley positiva) que también el poseedor de mala fe puede adquirir por prescripción, no hay razón valedera para negar esa acción al poseedor de mala fe. En materia de prescripción, el que haya o no buena fe, tiene como único efecto el plazo para prescribir, que en caso de buena fe es de cinco años, y en caso de mala fe es de diez años.

Cuando examina uno estas cuestiones a la luz de la doctrina y de la ley no puede uno por menos de asombrarse de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

Otras cuestiones habrá más intrincadas o menos claras; en algunas otras se puede admitir divergencia de opiniones; pero en materia de usucapión, la situación es clara en México desde hace un siglo.

Probablemente los legisladores no fueron muy felices en la elección de sus términos; pero es indudable que en los Códigos Civiles de 1870, de 1884 y 1932, sin lugar a dudas, sino expresamente, se admite la usucapión para el poseedor de mala fe, o sea el que no tiene título alguno.

Para que este modesto trabajo no quede en una crítica estéril, podríamos proponer reformas sustanciales al Código Civil de 1932. Con la advertencia de que, de hacerse tales reformas, sería indispensable reformar, además, todas las disposiciones conexas. En realidad sólo pretendemos demostrar que todavía hoy, puede ponerse en práctica lo que los legisladores de 1870 no se atrevieron a hacer, por temor a las críticas desde luego infundadas.

Artículo 790.—Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho. Posee un derecho el que goza de él.

Artículo 791.—Suprimirlo.

Artículo 793.—Suprimirlo.

Artículo 798.—La posesión da al que la tiene la presunción de propietario, para todos los efectos legales. Esta presunción no tiene lugar respecto del poseedor que lo es en virtud de un acto jurídico que no transmite el dominio y sí la posesión, como arrendamiento, depósito, prenda, etc., y solamente no tiene lugar con relación al propietario, pero sí con relación a terceros.

Artículo 1151.—La posesión necesaria para prescribir debe ser: pacífica, pública y continua. El que posee por un acto que no transmite el dominio, en los términos del párrafo segundo del artículo 798, no puede alegar esa posesión como fundamento para la prescripción.

Artículo 1152.—Los bienes inmuebles se prescriben:

I.—En cinco años, cuando se poseen a nombre propio, de buena fe, pacífica, continua y públicamente.

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

III.—En diez años, cuando se posean de mala fe, con la salvedad que establece el artículo 1151.

Confieso que este trabajo es verdaderamente elemental e insuficiente. Hay muchas cuestiones íntimamente relacionadas con la posesión y la prescrip-

ción, que requerirían un verdadero estudio sistemático, pero que de pretender tratarlas, saldrían de los límites de este estudio.

Lo único que me propuse fue esclarecer un poco las ideas, hoy tan confusas, acerca de la posesión y, particularmente, de la usucapión. Luchando por los fueros de la verdad, quise poner de manifiesto las incongruencias de los códigos y la ilegalidad de algunas resoluciones judiciales.

Hasta donde pude lograr mi propósito, es cosa que cada lector resolverá. Sin embargo, aliento la esperanza de que esta modesta exposición sirva para que alguno o algunos abogados, con más preparación y más tiempo que yo, emprendan un verdadero estudio, sobre materia de tanta monta.