

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LAS ACCIONES PARA DEFENDER LA PROPIEDAD DENTRO DEL
DERECHO ROMANO**

ESTEFANY VELASQUEZ RIVERA

GUATEMALA, DICIEMBRE DEL 2,007.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LAS ACCIONES PARA DEFENDER LA PROPIEDAD DENTRO DEL
DERECHO ROMANO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ESTEFANY VELÁSQUEZ RIVERA

Previo a conferirse el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, diciembre de 2007.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCALII:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCALIII:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Lic. Carlos Humberto de León Velasco
Vocal:	Lic. Jaime Ernesto Hernández Zamora
Secretario:	Lic. Otto Marroquín Guerra

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Carlos Humberto Manzio Bethancourt
Vocal:	Lic. Erick Gustavo Santiago de León
Secretaria:	Licda. María Lesbia Leal Chavez

NOTA: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de la licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Alveño & Asociados

Lic. Marco Aurelio Alveño Hernández
Abogado y Notario

Guatemala,
14 de agosto de 2007

Licenciado
MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD DE TESIS
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Licenciado:

En cumplimiento del nombramiento en mí recaído el diecisiete de abril de dos mil seis, procedí a asesorar el trabajo de Tesis de la estudiante **ESTEFANY VELÁSQUEZ RIVERA**, intitulado **"LAS ACCIONES PARA DEFENDER LA PROPIEDAD DENTRO DEL DERECHO ROMANO"**.

Con la estudiante Velásquez Rivera sostuvimos varias sesiones de trabajo, durante las cuales le fue sugerida la bibliografía adecuada al tema, sugerencias que fueron aceptadas por la estudiante y aplicadas al trabajo de investigación señalado.

Por lo complicado del tema, en el transcurso del trabajo investigativo se modificó la hipótesis preliminar planteada en el Plan de Investigación de mérito, quedando la siguiente: *"Las acciones típicas para defender la propiedad dentro del Derecho Romano, especialmente la Reivindicatio, tuvieron una aplicación más ágil y eficaz dentro de la etapa clásica del Derecho Romano que en la actualidad, dentro del Derecho Procesal tanto Civil como Penal en Guatemala, debido a la concepción de la propiedad formal heredada del Código de Napoleón de 1804 y a lo tardado y engorroso del proceso tanto Ordinario en lo Civil como el Penal en General, que se encuentran sujetos a extremas formalidades en sus instancias procesales."*; hipótesis que fue ampliamente confirmada por la estudiante.

Por lo anterior y por el profundo análisis comparativo histórico desarrollado el referido trabajo de investigación constituye un aporte decisivo para el Derecho Civil Guatemalteco, sobretodo por que se despoja del carácter histórico del Derecho Romano otorgándole una connotación e importancia jurídica actual.

En virtud de lo anterior el Trabajo de Tesis desarrollado por la estudiante Velásquez Rivera cumple con lo señalado en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público y por ello considero que reúne los requisitos necesarios establecidos en los reglamentos correspondientes, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, debiendo en consecuencia nombrar al Revisor de Tesis a efecto que el presente trabajo sea aprobado y discutido en el Examen Público correspondiente.

4a. Calle 7-53, Zona 9 - Edificio Torre Azul - 8o. Nivel - Oficina 804
Teléfonos: 2361-7496 - 2361-6848 - 2361-7523 - 2361-0229
Correo Electrónico: marcoalveo@latinmail.com

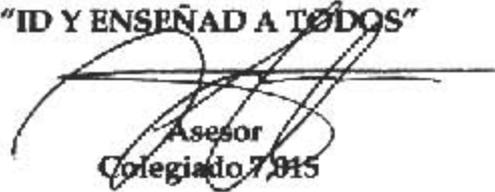


Alveño & Asociados

Lic. Marco Aurelio Alveño Hernández
Abogado y Notario

Con mis altas muestras de consideración y estima

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Asesor
Colegiado 7815

Marco Aurelio Alveño Hernández
Abogado y Notario



4a. Calle 7-53, Zona 9 - Edificio Torre Azul - 8o. Nivel - Oficina 804

Teléfonos: 2361-7496 - 2361-6848 - 2361-7523 - 2361-0229

Correo Electrónico: marcoalveo@latinmail.com



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dos de octubre de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ERICK GUSTAVO SANTIAGO DE LEÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ESTEFANY VELÁSQUEZ RIVERA, Intitulado: "LAS ACCIONES PARA DEFENDER LA PROPIEDAD DENTRO DEL DERECHO ROMANO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUJÁN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Guatemala 17 de Octubre del 2007



Licenciado:
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala,
Su Despacho.

Señor Licenciado:

De manera atenta y respetuosa me dirijo a usted, con relación al trabajo realizado por el suscrito y la Bachiller ESTEFANY VELÁSQUEZ RIVERA, en cumplimiento a la resolución emanada de la Unidad de Tesis con fecha dos de octubre del dos mil siete; en la cual se me nombró como REVISOR del trabajo de tesis denominado "LAS ACCIONES PARA DEFENDER LA PROPIEDAD DENTRO DEL DERECHO ROMANO". En este sentido, es menester indicar, que el trabajo desarrollado conlleva una sistematización de ideas acerca de los Procedimientos dentro del Derecho Romano, Procedimiento Per Formulam o Formulario, Procedimiento Extraordinario y Procedimientos Especiales; La Administración de Justicia en el Derecho Romano; y un Análisis Comparativo de las Acciones Reales de Defensa de la Propiedad en Roma y en el Derecho Civil Guatemalteco.



Por lo anteriormente manifestado, me permito indicar que el trabajo de tesis de la bachiller ESTEFANY VELÁSQUEZ RIVERA se ajusta a los requerimientos metodológicos y las estipulaciones señaladas en el Reglamento respectivo; así como el cumplimiento a las sugerencias hechas en su oportunidad, por lo que el mismo puede continuar con el trámite correspondiente, previo a ser evaluado por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis.

Atentamente,



M.sc. Erick Gustavo Santiago de León.
Abogado y Notario
Colegiado 4843

Erick Gustavo Santiago de León
Abogado y Notario

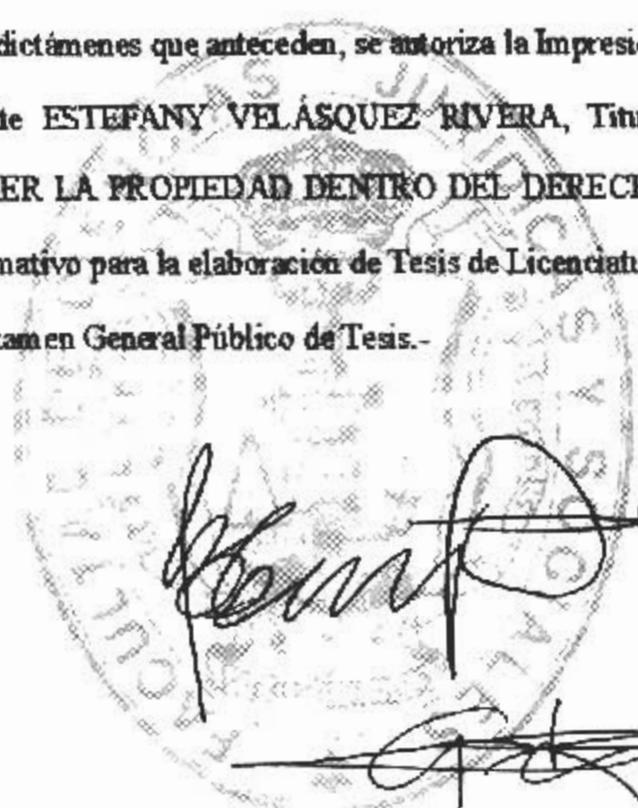


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintitrés de septiembre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ESTEFANY VELÁSQUEZ RIVERA, Titulado "LAS ACCIONES PARA DEFENDER LA PROPIEDAD DENTRO DEL DERECHO ROMANO" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS: Fuente de sabiduría y entendimiento quien ha sido mi fortaleza, mi escudo y mi fuerza en todas las etapas de mi vida
- A MI HIJA: Thania Rebeca, eres regalo de Dios que llegó a mi vida y el motivo para continuar luchando y superándome.
- A MIS PADRES: Erasmo Velásquez Roca y Rebeca Rivera de Velásquez, por los consejos y sabias enseñanzas que me inculcaron. Gracias a ellos he culminado esta carrera y este triunfo se lo debo a ellos
- A MI HERMANA: Rebeca Eunice Velásquez Rivera, por su ejemplo de rectitud, firmeza y sabiduría.
- A MI HERMANO: Erasmo Velásquez Rivera, por sus virtudes, cariño, y apoyo moral.
- A MIS SOBRINAS Y SOBRINOS Sofía, Melodi, Linda e Isaac, con mucho amor
- A MIS ABUELITOS PTERNOS Rosario Roca Alvarado vda. de Velásquez y Thomas Velásquez Soberanis QEPD, por su cariño y sus sabias enseñanzas.
- A MIS ABUELITOS MATERNOS. Herlinda Gómez Mota vda. de Rivera y Thomas Salomón Rivera López QEPD, por su apoyo moral y su espíritu de trabajo y nobleza.
- A MIS TÍOS, TÍAS, PRIMOS Y PRIMAS: En especial a Huberto Zaragoza Velásquez Roca, Alberto Enrique Rivera Gómez, Carlos Quiroa y Dominga Gil, Augusto Morales y Josefa de Morales, Macario Velásquez y Leticia de Velásquez, con mucho cariño y respeto.
- A MI PASTOR Steve Absher por su ayuda espiritual y moral.

A LA FAMILIA: Leming, por su cariño, apoyo incondicional y sobre todo por la confianza que me han brindado.

A MIS AMIGOS
Y AMIGAS: En especial, Odaly Barrios, Abner Estrada, Hugo Ávila, Suilma Cano, Marvin Zapeta, William y Victor Reinoso, por su amistad y compartir conmigo este triunfo.

A MIS ASESORES: Lic. Marco Aurelio Alveño Hernández, Lic. Erick Gustavo Santiago de León y Lic. Marco Vinicio Hernández Fabian.

AL INSTITUTO: Normal para Señoritas "Olimpia Leal" y a la Escuela Nacional de Formación Secretarial Numero Tres.

A LA: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

A LA: Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Las acciones dentro del Derecho Romano.....	1
2. Antecedentes históricos del Derecho Romano y del ejercicio.....	1
3. Definición de acción.....	3
4. Características de las acciones.....	4
5. Clasificación de las acciones.....	6

CAPÍTULO II

SISTEMA DE PROCEDIMIENTOS DENTRO DEL.

DERECHO ROMANO.....	13
1. Procedimiento de las acciones de la ley.....	13
1.1 Características de las acciones de la ley.....	13
1.2 Procedimiento de las acciones de la ley.....	17
1.3 Enumeración de las acciones de la ley.....	17
2. Procedimiento Per Formulam o Formulario.....	24
2.1 Características del Procedimiento formulario.....	25
2.2. Contenido del procedimiento formulario.....	25
3. Procedimiento extraordinario.....	35
3.1 Características del procedimiento extraordinario.....	36
3.2 Desarrollo de proceso extra ordinem.....	37
4. Procedimientos especiales.....	38

CAPÍTULO III

LAS COSAS Y EL DERECHO DE PROPIEDAD.....	41
1. Las Cosas y su división.....	41
1.1. Clasificación de las cosas ofrecidas a los dioses.....	41
1.2. Clasificación de las cosas según el derecho humano humani iuris.	41
1.3 Clasificación de las cosas atendiendo a la res in commercium...	44
2 El derecho de propiedad.....	44
2.1. Concepto y terminología de la propiedad.....	44
2.2 Clases de Propiedad usadas por los romanos.....	45
2.3 Limitaciones de la propiedad.....	50
2.4. Modos de adquirir la propiedad.....	52
2.4.1 Modos originarios de adquirir la propiedad.....	52
2.4.2 Modos derivativos de adquirir la propiedad.....	57
2.4.3 Pérdida de la propiedad.....	64
2.4.4 Defensa de la propiedad.....	64

CAPÍTULO IV

LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL DERECHO ROMANO.....	71
1. La administración de la justicia en la época de la monarquía.....	71
2. La administración de la Justicia en la época de la república.....	72

CAPÍTULO V

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS ACCIONES REALES DE DEFENSA DE LA PROPIEDAD EN ROMA Y EN EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO	81
1. Acción reivindicadora.....	81
2. Acciones reipersecutorias , penales y mixtas.....	91

	Pág.
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	99

INTRODUCCION

Surgió la idea de investigar acerca de la problemática de las acciones que se desarrollan al momento de iniciar una relación jurídica en defensa de la propiedad que los particulares dirigían al Estado para el amparo de sus derechos, tema que se desarrollara dentro del Derecho romano, en virtud de que este Derecho dio origen a diversas instituciones del derecho civil moderno.

Es mi deseo adentrarme a la investigación jurídico-romana ya que de este derecho emanan muchas de las instituciones que tienen vigencia en nuestro derecho civil actual y de esta manera se pretende hacer un análisis comparativo de las acciones reales para defender la propiedad dentro del Derecho romano y en el Derecho Civil guatemalteco.

Asimismo en el presente trabajo de investigación se desarrolla el origen y progreso que tuvo el procedimiento civil romano el cual se desenvuelve en tres periodos: el periodo del procedimiento de las *legis acciones*, hasta la ley Ebuca; el periodo del procedimiento formulario, a partir de la ley Ebuca y el procedimiento extraordinario a partir del reinado de Diocleciano

Se hace una investigación de los antecedentes históricos del Derecho romano y del ejercicio de las acciones. De manera que en los siglos de barbarie se podía hacer justicia por mano propia. No existía plenamente la vía jurídica, esa facultad o derecho de defenderse frente a cualquier ataque ante el órgano jurídico competente. Pero luego en la época de Augusto se crean leyes que condenaban la justicia para la propia defensa de los derechos.

El Derecho procesal se denominó en Roma Derecho de las Acciones debido a que los romanos consideraban que mientras hubiera acción había derecho. Para los romanos la palabra acción hacía referencia al derecho procesal como al derecho de perseguir judicialmente lo que le deben a uno.

En el derecho romano se ejercen diversas clases de acciones tales como las acciones reales y las acciones personales; acciones civiles y acciones honorarias o pretorianas; acciones *in jus* y acciones *in factum*; acciones directas, acciones útiles y acciones ficticias; acciones arbitrarias y no arbitrarias; acciones de derecho estricto y acciones de buena fe. Pero en el presente trabajo se hace un estudio especial de ciertas acciones como la acción reivindicatoria la cual pretende proteger legalmente la propiedad reconociendo judicialmente el derecho que le corresponde al propietario quiritario de una cosa determinada, en contra de quien la tuviera en posesión. Otra de las acciones que merece especial atención en la presente investigación y que va ligada a la acción reivindicatoria es la acción *reipersecutoria* la cual recae sobre una prestación, sea real o personal cuya causa es civil tiene por objeto perseguir la restitución de la cosa.

Otro de los puntos importantes que se desarrollan en el presente trabajo es la propiedad. En Roma, como hoy, la propiedad presentaba tres caracteres jurídicos esenciales: era un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. Así también se señala las clases de propiedad que existieron tales como la *propiedad quiritaria* o de los romanos y la *propiedad bonitaria* que era la propiedad reconocida y sancionada por el Derecho pretoriano.

Se hace una breve diferenciación entre lo que es la propiedad y la posesión. La propiedad es el derecho que se tiene sobre una cosa; la posesión es el poder físico que se ejerce sobre una cosa. Así también nuestro ordenamiento jurídico señala en el artículo cuatrocientos sesenta y cuatro del Código Civil la propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes. Por otra parte la posesión es el derecho presumible y limitado en el cual una persona ejerce sobre un bien algunas facultades inherentes al dominio.

CAPÍTULO I

LAS ACCIONES DENTRO DEL DERECHO ROMANO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO ROMANO Y DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES.

Del Derecho Romano emanan muchas instituciones que tienen vigencia en nuestro Derecho Civil actual y una de ellas fue el ejercicio de la acción, de la cual nace el estatuto procesal y propiamente el juicio de carácter civil.

En el Derecho Romano la propiedad significó el dominio pleno de la cosa, y durante largo tiempo fue un derecho solamente para el ciudadano romano que se regía mediante el *Ius Civile*; excluyendo a los extranjeros y peregrinos quienes carecían de ciudadanía y en cuya virtud se regían mediante el *Ius Gentium* o derecho de gentes.

Para los romanos esa facultad que tienen los particulares para defender lo que les pertenece que es lo que nosotros llamamos “derecho subjetivo”, es decir, aquel poder o facultad que tiene el individuo de pedir o hacer lo que la ley le otorga.

El derecho subjetivo es el privilegio de que gozamos los seres humanos por ser personas, los adquirimos por naturaleza, por ejemplo el derecho de propiedad. El derecho de propiedad es el derecho más perfecto que se puede tener sobre una cosa. La personas que disfrutaban del derecho de propiedad sobre una cosa, tenía el poder del *jus utendi* o *usus*, es decir, gozar del servicio de la cosa; el *jus fructus*, que significa disfrutar de los frutos de la cosa; y el *jus abutendi* o *abusus*, que es la facultad de disponer de la cosa.

“Se entiende por derecho subjetivo o derecho en sentido subjetivo, la facultad jurídica que a una determinada persona atribuye el derecho objetivo: *facultas agendi*.”

Se entiende por derecho objetivo o derecho en sentido objetivo el conjunto de normas jurídicas que regulan la convivencia en sociedad y se impone a la conducta humana de una forma coactiva.”¹

¹ Gutiérrez Alviz y Armario, Faustino. Diccionario de Derecho Romano. Madrid, España. Cuarta Edición. 1995. Pág. 8

Por otro lado Santiago López Aguilar lo define como: “la facultad de la cual inviste el derecho objetivo a un sujeto para actuar en determinada forma o abstenerse de hacerlo, exigir el cumplimiento del deber de otro sujeto del derecho.”²

Las acciones que se desarrollan en el curso del Derecho Romano son consideradas esenciales en la relación jurídica sobre todo en el momento de la reclamación.

Es decir, que las acciones tomaban lugar al momento de iniciar una relación jurídica en defensa de la propiedad que los particulares dirigían al Estado para el amparo de sus derechos.

Todos los derechos que pertenecían al individuo, principalmente los derechos reales, podían ser transgredidos y toda persona que se sintiera ofendida por esa violación debía utilizar los medios de defensa y hacer uso de esa facultad que la ley le otorga de acudir a los Tribunales y hacer accionar el mismo y luego lograr la sanción de los derechos, es decir, la acción.

De manera que en los siglos de barbarie se podía hacer justicia por mano propia. No existía plenamente la vía jurídica, esa facultad o derecho de defenderse frente a cualquier ataque ante el órgano jurídico competente.

En la época de Augusto se crean leyes que condenaban la justicia para la propia defensa de los derechos. Luego en la época imperial, un decreto de Marco Aurelio, estatuye una sanción civil, por virtud de la cual pierde su derecho aquel que acude a practicar medios de propia defensa.

El Derecho procesal se denominó en Roma “Derecho de las Acciones” ya que ellos consideraban que mientras hubiera acción había derecho. Los romanos utilizaron la palabra acción para hacer referencia al derecho procesal como al derecho de perseguir judicialmente lo que le deben a uno.

Para los romanos la palabra “poder”, significa para nosotros “derecho subjetivo” y nos da la idea de defensa frente a cualquier ataque. El poder se adquiere para ejercerlo frente a cualquier ataque procesal y no para mantenerlo estático si no para defenderlo a través de la vía jurídica.

La acción principal para proteger legalmente la propiedad fue la acción reivindicatoria. Sin embargo, el derecho romano regula otras acciones diversas a la *reivindicatio*, como lo fueron por ejemplo, aquellas que tutelaban las propiedades bonitarias, provincial y de los peregrinos.

² López Aguilar, Santiago. **Introducción al Estudio del Derecho I**, Editorial Estudiantil Fénix, Guatemala, Guatemala, Primera Edición, 2000, Pág. 3

Otro medio de defensa contra la propiedad fue la *actio negatoria*, atacaba a aquel que se atribuía el derecho de servidumbre o de usufructo.

2. DEFINICION DE ACCIÓN.

La palabra *actio, de agere* se aplicaba a los medios de defensa de cualquier forma otorgados a los sujetos para la sanción de los derechos.

El término romano de acción no tiene que confundirse, con los conceptos modernos de pretensión y proceso

Asimismo el término de acción es utilizada por los romanos en una doble perspectiva:

a) En sentido formal:

Es el medio por el cual el titular de un derecho reclamaba la tutela del mismo ante un órgano jurisdiccional.

b) En sentido material:

Lo que se espera conseguir sobre el derecho que se reclama.

Se puede definir la acción como aquel medio de defensa que se interpone ante el órgano jurisdiccional para hacer valer un derecho.

La acción es la actuación dirigida a obtener una decisión definitiva fundada en la sentencia, del juez competente.

Justiniano define la palabra acción de manera siguiente: "Mas la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe".

El termino acción se puede designar como "el conjunto de las reglas según las cuales el recurso a la autoridad judicial debe ser ejercitado y, juzgado, el procedimiento a seguir para llegar a la consagración de un derecho violado."³

³ Petit, Eugene. **Tratado Elemental de Derecho Romano**. Editorial Porrúa S.A., Mexico, D.F., año 1989. Pág. 611

La palabra acción o *actio*, según el diccionario de Derecho Romano es un “acto jurídico en cuya virtud una persona afirma solemnemente su derecho a fin de que le sea reconocido o realizado en juicio. En el derecho procesal romano de la época clásica aparece el concepto de acción como facultad de derecho privado, que se tiene frente a la parte contraria; en la época bizantina tiene más patente el sentido de facultad de Derecho público como medio o poder del particular frente al Estado del cual demanda amparo o protección judicial.

Puede también tomarse la palabra *actio* en un sentido formal, equivalente al acto procesal de demandar ante el magistrado y en un sentido material, sinónimo de pretensión o facultad para conseguir de otra persona una prestación activa o una abstención.

Según la época y el procedimiento en vigor cabe distinguir otros tres sentidos:

En el procedimiento originario de las acciones de la ley, las declaraciones formales y rituales que las partes recitaban ante el magistrado;

En el procedimiento formulario, el derecho a obtener del magistrado una fórmula dirigida al juez y en la que se concreta la petición y también a la fórmula misma;

En el Bajo Imperio, la facultad de demandar en juicio con sentido de facultad de derecho público...”⁴

Los romanos estudiosos del derecho comprendieron a la acción con un sentido unitario –como el derecho de perseguir en justicia lo que se nos debe, según la definición de Celso-, también la reconocieron como parte del derecho subjetivo que la acción viene a defender, y así hablan de diversas acciones y derechos subjetivos puedan existir.

Así mismo, el derecho clásico nos heredó una variación de clasificaciones con respecto de las acciones, desde Gayo hasta el derecho posclásico, así como las realizadas con posterioridad por las diferentes escuelas jurídicas europeas.

3. CARACTERÍSTICAS DE LAS ACCIONES.

Entre lo que caracterizaba a las acciones dentro del Derecho Romano está lo siguiente:

⁴ Gutiérrez, Alviz y Armario, Faustino. Op. Cit. Pág. 8

- a) La perpetuidad de las acciones. Para el *Ius Civile*, al ejercicio de las acciones no se les establece plazo, debido a que se consideraban como acciones perpétuas. Existían algunas excepciones que ponían plazo, pero por lo general eran permanentes. En el caso del Derecho Honorario sucedía todo lo contrario ya que en este ámbito las acciones eran temporales, es decir, que para la ejecución de las acciones se entablaba en el plazo de un año y algunas otras veces en un término más corto.
- b) La prescripción de las acciones. El surgimiento de la prescripción extintiva de las acciones tiene lugar en la época imperial, a través de la *longi temporis praescriptio*, conferida al poseedor de buena fe y justo título de terreno provincial, frente a la falta de acción del propietario durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

En la época del derecho teodosiano se estableció un plazo de treinta años para la prescripción de todas las acciones que no tuviesen determinado ya un plazo mas conciso. Era propio de éste derecho de extinguir la acción, pero no el derecho

- c) La acumulabilidad de acciones. Consistía en que de un mismo hecho jurídico podían emanar varias acciones enfocadas a un mismo fin. El concurso cumulativo de las acciones se refiere al ejercicio de todas ellas y el concurso eléctivo a la ejecución de una acción de todas ellas. Justiniano estableció que para la aplicación de una acción excluye el de las demás hasta el límite de la concurrencia efectiva. Practicada una acción es posible ejercer las otras para conseguir la plena satisfacción.
- d) Consistió en un mecanismo para proteger los derechos de las personas.
- e) El particular estaba investido de la facultad para reclamar su derecho frente a otros sujetos.
- f) El ejercicio de la acción da lugar a iniciar una determinada forma de proceso para defender los derechos que le pertenecían.
- g) La acción era el derecho, debido a que en la norma jurídica le otorga a la persona determinados poderes para actuar contra cualquier ataque a su derecho.

- h) En la primera etapa de la vida del Derecho Romano se diferenciaba la acción dentro del derecho civil que constituyó el único sistema jurídico y la acción dentro del derecho pretorio el cual se ejercía dentro de un termino que carecía de legitimidad, pero que estaba basado en el poder jurisdiccional del pretor quien a falta de protección legal tutelaba los derechos de las personas no ciudadanas.
- l) La única vía para resolver los conflictos era la jurídica, a través de las atribuciones que el Estado le otorgaba a los tribunales jurisdiccionales.
- j) El momento más importante de una relación jurídica era el derecho de denuncia o de la reclamación por eso se considera al Derecho Romano como un derecho de acciones.

4. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES.

Existe entonces, una diversidad de criterios, que agrupa o clasifica a la acciones de la manera siguiente:

- 1) Justiniano, divide las acciones en:
 - a) reales, personales y mixtas;
 - b) acciones civiles y pretorianas;
 - c) acciones para perseguir la cosa, para perseguir la pena, y acciones mixtas;
 - d) acciones de buena fe y acciones de estricto derecho;
 - e) acciones arbitrarias.
- 2) Existe otro criterio de los juristas clásicos que clasifica a las acciones de la manera siguiente:

Acciones civiles y acciones honorarias:

Las acciones civiles son aquellas que emanan del derecho civil. Las acciones reales y las personales son acciones que pertenecen al derecho civil. Las acciones civiles, son concedidas por el derecho civil: el magistrado que da la formula no la hace más que aplicar este derecho.

Las acciones honorarias (o pretorias) devienen del derecho honorario. Estas acciones se subdividen así:

a) acciones ficticias:

Estas acciones provienen de una acción civil, cuando el magistrado, mandaba al juez sustituir un hecho verdadero por una ficción.

b) acciones *in factum* o de hecho:

Estas acciones no provienen de ninguna acción de derecho civil, sino de una cuestión de hecho no establecida por el derecho civil o *Ius Civile*.

Las acciones pretorias, son aquellas que el magistrado establece en virtud de su jurisdicción ya sea para sancionar una disposición especial del edicto, o para extender a nuevas aplicaciones las acciones civiles creadas para algún objeto. Estos magistrados son los pretores y los ediles.

3) El siguiente criterio clasifica a las acciones de la siguiente forma:

Acciones reales, acciones personales y acciones mixtas.

La acción *in personam* y la acción *in rem*, son consideradas principales porque toda acción se enmarca dentro de las mismas.

Acciones reales o *actio in rem*, también se denominaron “vindicaciones”:

Las *actio in rem*, son aquellas que defendían los derechos reales. En el derecho romano, los derechos reales son aquellos que recaen sobre las cosas.

Los *iura in re*, tenían la tutela de una acción real o *in rem*, por la cual podían hacer valer *erga omnes*, sus derechos sobre una cosa.

Algunos autores exponen que los romanos defendían con acciones reales, los siguientes derechos reales:

- a) la propiedad;
- b) la servidumbre;
- c) la prenda y la hipoteca;
- d) la superficie; y
- e) la enfiteusis

Según Justiniano son las destinadas a reclamar el dominio, el usufructo, el uso y la servidumbre sobre alguna cosa.

Según el jurista romano Ulpiano, las acciones son reales (acciones in rem), aquellas que se ejercitan contra toda persona que pone obstáculos al ejercicio del derecho.

Acciones personales o *actio in personam*, denominadas antiguamente como *condictiones*:

Esta clase de acciones se da contra un contendiente jurídicamente determinado, el deudor, que es el único que puede transgredir el derecho del acreedor.

Las acciones personales protegían a los derechos personales, que son los que nos autorizan la conducta ajena; la acción personal utilizada para exigir algo que otra persona debe realizar, en relación con nosotros, como en el caso de la acción redhibitoria, por medio de la cual exigimos la responsabilidad del vendedor que nos entrego una cosa defectuosa.

Acciones mixtas:

Dentro de esta clasificación encontramos un grupo de acciones que Justiniano califico de acciones mixtas, al explicar que tienen características tanto de acciones reales como de acciones personales. Nos referimos a las acciones divisorias, que son tres: la *actio familiae erciscundae*, para pedir la división de la herencia indivisa; la *actio* común dividendo, para pedir la división de la cosa común en la copropiedad, y la *actio finium regundorum*, para pedir el deslinde de terrenos.

En cada caso el juez atribuía a cada uno de los litigantes la propiedad de la parte que le correspondía, lo que les daba el carácter de acciones reales. Pero como también el juez podía imponer un deber a una de las partes en relación con la otra, como en el caso de que la división no pudiera hacerse de forma igualitaria y un litigante obtuviera una porción mayor, para compensar, el juez le imponía la obligación de pagar una cantidad al otro. En este sentido, las acciones tenían carácter personal, ya que un litigante podía exigir al otro determinada conducta, o sea el pago de la cantidad indicada; así, se originaba entre ellos una relación de acreedor y deudor.⁵

4. Otra clasificación de las acciones en atención a la cosa que se persigue con la acción:

Acciones para perseguir la cosa o *reipersecutorias*, para perseguir la pena, y acciones mixtas:

Las acciones reales han sido establecidas para perseguir una cosa. Las acciones personales nacidas de un contrato tenían el mismo carácter. Las emanadas de un

⁵ Morineau Iduarte, Marta. **Derecho Romano**. Editorial Oxford, México D.F., México, 2002. Pág.102

delito han sido creadas, unas para perseguir una pena, y otras para obtener la pena y la cosa, siendo por lo tanto acciones mixtas.

Como ejemplo de acción *reipersecutoria* tenemos la reivindicatoria que tienen el propietario para perseguir la cosa, intentándola, por ejemplo, en contra del ladrón para pedir la restitución.

Las acciones penales son las que derivan de un delito, por ejemplo, la *actio furti*, que se da en contra del ladrón y a favor de la víctima, no para pedir la cosa sino la pena, que era una multa privada que se entregaba a la propia víctima...

A través del ejercicio de las acciones mixtas se logra tanto una indemnización por el valor del objeto como una cantidad adicional por la pena; tal es el caso de la acción de la Ley Aquilia, que tenía la víctima del delito de daño en propiedad ajena. La acción se daba por el máximo valor que el objeto hubiera alcanzado en el último año, una parte como indemnización por el valor real del objeto y la diferencia para cubrir la multa privada, que era la pena impuesta al infractor.⁶

Acciones de buena fe y acciones de estricto derecho:

Las acciones de buena fe nacen de un contrato o de un cuasi-contrato sinalagmático que crea obligaciones recíprocas entre las partes; de donde resulta la necesidad de dar al juez una gran latitud de apreciación para regular de una manera equitativa estas relaciones. Los textos hablan de las acciones de buena fe, de las cuales nos han sido tres enumeraciones: una de ellas por Cicerón, otra por Gayo, y la tercera por las Instituciones de Justiniano. Esta última es la más completa. Añadiendo la acción *fiduciae*, citada por Gayo, aunque caída en desuso bajo Justiniano, comprende las acciones siguientes: *commodati, depositi, pignoratitia, fiduciae, empti, venditi, locati, conducti, pro socio, mandati, negotiorum, tutelae, familiae erciscundae, común difundo, rei uxoriae, proscriptis verbis*.

En la fórmula de las acciones de buena fe, *la intentio* resulta siempre incierta, y contiene las palabras *ex fide bona*, que permiten al juez estatuir equitativamente.

Acciones de derecho estricto. Las acciones de derecho estricto son más difíciles de determinar, porque los textos no dan ninguna lista de ellas. Generalmente se limita esta categoría a las acciones que nacen de un contrato o cuasi-contrato unilateral: son las *condictiones* en todas sus aplicaciones; también la acción *ex stipulato* y la acción *ex testamento*.

La acción *furti* y la acción *legis Aquilae* nos parece también que están ordenadas entre las acciones de derecho estricto, aunque desde luego algunos autores las excluyen de la división. Sin embargo, los poderes del juez eran

⁶ (6) Ibidem. Pág. 103

exactamente iguales que en la acción de derecho estricto, y esto quita toda importancia al asunto.⁷

Acciones arbitrarias:

Ya que la condena del procedimiento formulario era pecuniaria, cuando se perseguía la restitución de una cosa se debía ejercer una acción arbitraria, esto, es, que contuviera una cláusula arbitraria en la que el magistrado instruía al juez para que antes de condenar, le ordenara al demandado restituir la cosa; si este obedecía sería absuelto, si no sería condenado.

La cláusula arbitraria servía para lograr la cosa que el accionante quería recuperar, y no una suma de dinero equivalente.

La cláusula arbitraria se insertaba en todas las acciones reales.

Ciertas acciones se llamaban arbitrarias, porque dependían totalmente del arbitrio del juez.⁸

Las acciones arbitrarias guardaban estrecha relación con la voluntad del juez.

5. Otro criterio que clasifica a las acciones así:

Acciones privadas y acciones populares:

En atención a la persona que puede ejercer la acción, estas se clasifican en privadas y populares.

Las acciones privadas las ejerce el particular en defensa de su persona, su patrimonio o su familia; cualquiera de las que hemos citado puede servir como ejemplo de acción privada.

Las acciones populares podían ser ejercidas por cualquier individuo en defensa del interés público, como la que se ejerce en contra del violador de sepulturas.⁹

6. Existe otra clasificación de las acciones:

Acciones del simple, del doble, del triple y del cuádruplo:

Esta división está fundada sobre la relación que existe entre el interés del demandante, arrojado en la *intentio* de la fórmula y la cantidad fijada por la *condemnatio*. Si deja al juez entera libertad de apreciación, *Quanta ea rea erit...*

⁷ Petit, Eugene, Op. Cit. Pág. 676 y 677

⁸ Antokoletz, Daniel. **Tratado de Derecho Romano**. Buenos Aires, El Ateneo 1930. Pág. 220

⁹ Morineau Iduarte, Marta, Op. Cit. Pág. 110

judex condemna, la acción será siempre del simple, cualquiera que sea, sin embargo, la importancia de la condena.

Pero si la *intentio* ha precisado un valor determinado, ordena al juez la *condemnatio* condenar al doble, al triple o al *cuadruplo* de este valor; se dice que la acción es del doble, del triple o del *cuadruplo* y ya no hay más.

Son del simple todas las acciones *rei persecuendae causa* y algunas acciones penales, como la acción *injuriarum*.

Son del doble algunas acciones penales, tales como la acción *furti nec manifesti*, y un gran número de acciones mixtas que aumentan al doble *adversus infitiantem*, como la acción *judicati*, la acción *depensi* y la acción *legis Aquiliae*. En el Derecho antiguo las acciones *furti concepti* y *oblati* eran al triple.

En lugar de estas acciones, caídas en desuso, las Instituciones de Justiniano citan una acción del triple, dada contra el demandante al demandado que había pagado a los *viatores* más de lo debido por consecuencia de exageración en la demanda. Por último, las principales acciones del cuadruplo eran, la acción *furti manifesti*, la acción *vi bonorum* y la acción *metus causa*.¹⁰

7. Una séptima clasificación sería la siguiente:

Acciones perpetuas y acciones temporales:

En atención al plazo que se tenía para ejercer la acción, estas se clasificaban en perpetuas y temporales.

En el derecho preclásico y en el clásico las acciones perpetuas se identificaban con las civiles, que no prescribían nunca. Las temporales se identificaban con las honorarias, que prescribían en un año, o sea el tiempo que el magistrado duraba en su cargo.

Al perderse la distinción entre derecho civil y derecho honorario, las acciones perpetuas fueron las que prescribían en un plazo más largo, fijado por Teodosio II en treinta o cuarenta años; las temporales lo hacían en un plazo menor.

Como ejemplo de acción perpetua figura la acción hipotecaria, que prescribía en cuarenta años, si el bien hipotecado no había salido de manos del deudor. En cuanto a la acción temporal, podemos mencionar a la acción redhibitoria, que debía ejercerse en un plazo de seis meses.

8. Otro criterio las agrupa de la siguiente manera:

¹⁰ Petit, Eugene, Op. Cit. Pág. 675

Acciones prejudiciales:

Si la finalidad de la acción era la de resolver una cuestión previa que daría pie a un ulterior litigio, estamos frente a las acciones prejudiciales; así, por ejemplo, si se quería averiguar si un individuo era libre o esclavo, ciudadano o extranjero, la acción no buscaba una condena sino solamente un pronunciamiento del juez respecto a la cuestión que se había planteado.¹¹

¹¹ Morineau Iduarte, Marta, Op. Cit., Pág. 102, 103 y104

CAPÍTULO II

SISTEMAS DE PROCEDIMIENTOS DENTRO DEL DERECHO ROMANO

Existieron tres etapas históricas por las que pasó el procedimiento civil romano, cada período tuvo su propio sistema, los cuales son los siguientes:

- a) El sistema de las acciones de la ley también denominado "*legis actiones*", no se puede afirmar que inicio durante la Monarquía, pero quedó establecido hasta la República, por la Ley de la XII Tablas y se mantuvo en vigencia hasta el siglo VII de Roma.
- b) El sistema formulario, estuvo en vigor durante la época clásica y los tres primeros siglos de la era cristiana. En el inicio lo ejercieron solo los extranjeros, luego lo usaron también los ciudadanos y al final reemplazó al sistema de la *legis actiones*.
- c) El sistema extraordinario o llamado "*extraordinaria cognitio*", que se aplicó en el Bajo Imperio. Se denominó extraordinario porque en un inicio se ejerció de manera excepcional, cuando el sistema formulario era el que predominaba.

1. PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES DE LA LEY.

Este sistema es el más antiguo para la defensa privada y la intervención del magistrado y fue el primero en establecerse. Procedimiento que se denominó de las *legis actiones* porque toda acción que se ejerciera debía apegarse a la ley. Este sistema se desarrolla mediante ritos de acuerdo a ciertas formulas establecidas por la costumbre. La Ley de las XII Tablas regula el desarrollo del proceso de las *legis actiones* y posiblemente se uso en la Monarquía. El autor italiano Arangio Ruiz define a las acciones de la ley como declaraciones solemnes que, acompañadas de gestos rituales, por regla general los particulares tenían que pronunciar frente al magistrado, para pedir se les reconociera un derecho que se les discute, o bien para solicitar que se les ejecutara uno previamente reconocido.

1.1. Características.

Para Gayo, las acciones de la ley tenían las características siguientes:

- a) eran formalistas, solemnes y rituales, sujetas a "*verba certa*", esto significa, expresiones y ademanes previamente establecidos y si los mismos no se observan se adquiría la nulidad del procedimiento;

- b) su origen está en la ley;
- c) de carácter judicial;
- d) se desarrollaba en presencia de las partes;
- e) era verbal;
- f) era prohibido acumular varias acciones en una, tampoco se ejercía dos veces una misma acción;
- g) las acciones eran del derecho civil, es decir que no las podían aplicar los extranjeros.

Se dice también que el procedimiento de las acciones de la ley se caracterizaba por lo siguiente:

1. El procedimiento se desarrollaba en dos fases: una ante el magistrado, y otra ante el juez. Ante el magistrado, las partes exponían sus pretensiones y preparaban el negocio. Enseguida era el juez el que zanjaba las diferencias, pronunciando la sentencia.
2. El papel del magistrado era nulo. Presidía la realización de la *legis actio*, sin poder variar nada.
3. El procedimiento ante el magistrado era de lo más formalista. Las partes debían pronunciar palabras, hacer gestos, tal y como la ley lo había establecido, sin variar nada, so pena de perder el juicio.

Los ritos de cada acción se realizaban in jure delante del magistrado. Las partes cuya presencia era necesaria procedían a sus riesgos y peligros. De manera que las palabras que pronunciaban las determinaban con gran precisión y según los términos de la ley; y el error mas pequeño traía consigo la pérdida del proceso.¹²

Estos ritos solemnes, obra de los pontífices y de los patricios, se unían a los cinco tipos ya citados, aunque varían en detalle según la naturaleza del litigio. La ignorancia de las formalidades del procedimiento fue, desde luego, una de las grandes causas que mantuvieron a la plebe bajo la dominación del patriciado, aunque luego cierto tiempo en que fue divulgado el secreto por la publicación de las obras: el *Jus Flavianum* y el *Jus Aelianum*.

¹² Foignet, Rene. **Manual Elemental de Derecho Romano**. Traducción del Lic. Arturo Fernández Aguirre. Editorial José M. Cajica, Jr., S.A. Puebla, Pue., Méx. Pág. 248

4. Solo se podía proceder a los ritos de las acciones de la ley durante los días fastos. Sin embargo, la *pignoris capio* podía realizarse aun en un día nefasto, y fuera de la presencia del magistrado; por eso se dudó fuese una verdadera acción de la ley.
5. Este procedimiento, al parecer, se reservó a los ciudadanos romanos, siendo cierto también que en su origen no podían usarlo los peregrinos.
6. Bajo las acciones de la ley, nadie puede en asuntos de justicia figurar por otro; pero, en la práctica, el empleo del *adstipulator* atenúa los inconvenientes de esta regla, aunque, sin embargo, se hacía excepción en los casos siguientes: *Pro libertate*, cuando un ciudadano tratado como esclavo reclama la libertad, no puede el mismo sostener su pretensión, porque un esclavo no puede sostener una acción en justicia. Pero puede hacerse reemplazar por una persona libre, que hace el papel de *adsertor libertatis*. *Pro populo*, cuando los intereses del pueblo, considerado como persona moral, deben defenderse en algún proceso; o cuando se trata del ejercicio de una acción popular. *Pro tutela*, si el tutor sostiene en justicia los derechos del *pupilo infans*; o, según otra conjetura, si alguno intenta el crimen *suspecti tutoris*. *Ex lege Hostilia*; cuando un ciudadano cautivo o ausente en interés del Estado ha sido víctima de un robo: esta ley permite a un tercero ejercitar para el la *acción furti*.
7. Por último, el objeto de la condena es pecuniario. Aún en las acciones reales, como la reivindicación, cuando el demandado que ha perdido el proceso rehúsa devolver la cosa litigiosa, el demandante solo obtiene una indemnización en dinero.

Esta solución, aunque bien cierta bajo el procedimiento formulario, está en realidad fuertemente debatida por las acciones de la ley. Por regla general se admite que bajo este procedimiento la condena era sobre la misma cosa, cuando ningún obstáculo material se oponía. Pero, a nuestro juicio, el sistema formulario no ha hecho más que continuar la práctica en uso bajo las acciones de la ley.

- a) El principal fin al cual debe tender toda legislación es el de procurar a la persona cuyo derecho haya sido violado, una satisfacción completa, y, por consiguiente, hacer que obtenga la cosa que reclama todas las veces por lo menos que este resultado sea posible. Pero los pueblos primitivos llegaron con muchísima pausa a esta concepción, porque, en vista del derecho violado, el primer sentimiento al cual obedecía la parte lesionada era el de la venganza. La ley, entonces, se contenta con organizarla,

siendo después un progreso verdaderamente notable el de sustituir a las violencias y vías de hecho la reparación pecuniaria.

En fin, por un último perfeccionamiento, el demandante obtiene en su beneficio una condena natural y el objeto mismo de su reclamación. Esta marcha histórica es la que ha debido seguir el Derecho Romano. La violación de un derecho fue considerada como una lesión personal, una especie de delito, llegando a una reparación pecuniaria; el resultado de esta concepción ha substituido bajo el procedimiento formulario, y fue por el procedimiento extraordinario, más que por un progreso natural, como desapareció. Esta solución esta conforme con el desarrollo ordinario de las legislaciones; mientras que me parece natural admitir que después de haber concebido desde el principio el sistema de condena mas perfeccionado, la hubiesen abandonado los romanos en la época clásica a favor de las reparaciones pecuniarias y se haya vuelto mas tarde a las antiguas costumbres.

- b) El principio de las condenas pecuniarias bajo las acciones de la ley esta confirmado por otras consideraciones. La primera es que si se deja a un lado la *pignoris capio*, que solo tiene aplicaciones especiales, la única vía de ejecución contra un demandado es la *manus injectio*. De manera que las palabras componen el rito de esta acción implican una condena pecuniaria. La segunda es la autoridad de un texto de Gayo, cuyo sentido esta conforme con nuestra teoría, si se lee según esta escrito en el manuscrito y sin añadir absolutamente nada.¹³

En el sistema de las acciones de la ley se distinguen dos instancias:

a) "*ius*" y

b) "*iudicium*"

La primera instancia consiste en presentar por voluntad de ambas partes el caso ante un magistrado, luego se traslada al juez seleccionado por las partes, es decir ante un árbitro. Esta situación se mantuvo en vigencia en el sistema formulario y cuando se aplico el sistema extraordinario, la segunda instancia se convirtió en apelación.

¹³ Petit, Eugene, Op. Cit. Pág. 617 y 618

Es por eso que este primer procedimiento tuvo un carácter arbitral porque los litigantes tenían que someter sus conflictos ante un juez de su elección a través de la celebración de un contrato de arbitraje. El árbitro al final de la última etapa emitía dictamen no así sentencia obligatoria.

1.2. Procedimiento.

La primera etapa daba inicio a través del “*vocatio in ius*”, esto significa que mediante una citación verbal el demandante dirigía al demandado ordenándole acudir a dicha cita o bien el demandado tiene que garantizar que se presentara el día estipulado, si esto no sucede el demandante presenta sus testigos y lo toma por la fuerza hasta llevarlo y comparecer ante el magistrado. Habían ocasiones en las que el adversario se rehusaba e intentaba escapar esto se podía impedir tomándolo por el colete, excepto que se presentara un fiador. Ya estando presentes, los litigantes ejercían las formalidades, solemnidades y ritos de la acción de la ley que se aplica al proceso. Por voluntad de los litigantes se establecía el objeto del asunto y sus modalidades.

Luego de haber expresado el motivo de la controversia y llenar solemnidades requeridas se sigue con el proceso designando al juez. En el procedimiento de las acciones de la ley desde que se comparece ante el magistrado se ejercía oralmente. Después de la reunión y antes de retirarse del auditorio ambas partes debían de garantizar el cumplimiento de lo establecido en dicha audiencia a través de tomar como testigos a las personas que se presentaron en esa reunión, esto se denominó en latín: *testes estote*, su fin primordial era de que esos individuos cuando fueran requeridos por el juez prestaran testimonio de lo que habían presenciado en la audiencia. A la determinación de testigos fue lo que se llamó la “*Litis Contestatio*”.

Se terminaba el proceso el cual era un acto solemne que presenciaba el magistrado y del cual daba fe. La sentencia se pronunciaba bajo el procedimiento formulario.

1.3. Enumeración de las acciones de la ley.

Según Gayo las acciones de la ley se clasificaban en cinco las cuales eran las siguientes:

- a) *Actio sacramenti* o Acción de la Ley por Apuesta Sacramental;
- b) Acción de la Ley por petición de un juez o un arbitro, denominada *Judicis postulatio*;
- c) Acción de la Ley por emplazamiento o notificación, llamada también *Condictio*;

d) *Manus injectio*; y

e) Acción de la Ley por toma de prenda o *Pignoris capionem*.

Actio sacramenti o Acción de la Ley por Apuesta Sacramental.

Esta acción es una de las más antiguas de las acciones de la ley, así también constituyó un procedimiento de derecho común o de cognición y se aplicaba a falta de todo procedimiento especial.

En un principio fué esta única forma de intentar una acción y se aplicaba a toda clase de derechos; derechos reales y derechos de crédito; *sacramentum in rem et in personam*, del mismo modo que la *mancipatio* fue el único modo de enajenación y el *nexum* el único modo de contratar.¹⁴

Esta acción se origina de la apuesta a la que llegaban de común acuerdo las partes, y esa suma apostada que podía ser de cincuenta a quinientas ases se denominó "*sacramentum*" la cual era depositada por las partes. Luego la cantidad de dinero depositada de la persona que pierde el caso se destinaba a las necesidades del culto. La parte del litigante que había triunfado recuperaba su sacramento.

Una vez formalizada la "*litis contestatio*" ante el magistrado, este pronunciaba una de estas tres palabras solemnes: "*do*", "*dico*", "*addico*". Con la palabra *do*, daba a los litigantes un juez o arbitro. Mediante el vocablo *dico* atribuía la posesión provisoria de la cosa litigiosa. Con la palabra *addico*, declaraba cual de las partes tenía razón, lo cual ocurría únicamente en caso de confesión.

Con el envío de los litigantes ante el "*judex*" o "*arbiter*", el procedimiento entraba en la segunda instancia ("*judicium*"). Una ley Juliana fijó el plazo de 30 días para comparecer ante el juez. El "*judex*" o "*arbiter*" señalaba audiencia para oír a las partes. Cuando la audiencia señalada resultaba insuficiente, los litigantes se comprometían a comparecer nuevamente. Este pacto se llamaba "*vadimonium*", porque se garantizaba con una fianza ("*vades*"). La promesa de concurrir a la nueva audiencia se decía también "*comperendinatio*". La exposición de los hechos y los alegatos legales constituían la "*causa coniectio*" o "*cause peroratio*".

En las acciones personales, los litigantes debían probar la existencia del contrato o del delito, generadores de la obligación.

En las acciones reales, había una especie de combate simulado. Consistía este en que cada litigante tocaba la cosa con un anillo en forma de lanza, que

¹⁴ Foignet, Rene. Op. Cit. Pág. 249

simbolizaba la propiedad quiritaria. Esta ceremonia se decía “*manum conserere*” y tenía ciertas analogías con la acción reivindicatoria.”¹⁵

En este caso la facultad del juez era demasiado limitada ya que solo podía declarar el sacramento, es decir, indicar quien ganaba o perdía la suma apostada.

La acción de la ley por apuesta sacramental se clasificaba de la siguiente forma:

La *actio sacramenti* en caso de *acción in rem*, esta se daba al momento de proteger el derecho de propiedad; y

La *actio sacramenti* en caso de *acción in personam*, esta se ejercía cuando se tutelaba los derechos de crédito.

Litis Contestatio:

Se llama así al último momento del procedimiento ante el magistrado. Recibía este nombre porque las partes se dirigían, en ese momento, a las personas presentes en el tribunal del pretor, diciéndoles: *Testes estote litis*, sed testigos del juicio, para ir a atestiguar ante el juez.

Procedimiento ante el Juez:

Era ante el juez adonde las partes suministraban las pruebas de sus respectivas pretensiones, y los abogados alegaban sobre el fondo del negocio. Pero, cosa curiosa, el juez no trasaba directamente el juicio. Se limitaba a declarar cuál de las dos partes había ganado la apuesta. “*Utriusque justum sit sacramentum*”. Por esto es por lo que, frecuentemente, se designa este procedimiento con el nombre de procedimiento por apuesta.

Arbitrium litis aestimandae:

Era un procedimiento de liquidación que tenía por objeto valorizar en dinero el objeto que la parte que perdía estaba obligada a restituir a la otra parte. Procedimiento indispensable para hacer posible la *manus injectio*.¹⁶

Acción de la Ley por petición de un juez o un árbitro, denominada Judicis Postulatio.

Esta acción también fue muy antigua ya que se originó antes de que se estableciera la Ley de las XII Tablas. Según lo estipulado por dicha ley, la *Legis Actio per iudicis postulationem* se utilizaba para demandar lo que se le debía a

¹⁵ Antokoletz, Daniel, OPc Cit. Pág. 224

¹⁶ Foignet, Rene, Op. Cit. Pág. 249

alguien en particular y en algunas ocasiones también se ejercía para resolver los asuntos de partición de herencia y para la división de la cosa común. Asimismo se aplicó en aquellos casos en los que se celebraba un contrato y si el mismo no se cumplía se determinaba la cantidad de la indemnización la cual debía ser prestada por la parte que incumplía en la relación.

Se señalan algunas de las características primordiales con las que contaba la *Legis Actio per iudicis postulationem*:

En este procedimiento el demandante debía entablar su demanda diciendo lo siguiente: “A ti, pretor, te pido, me des un juez o un arbitro” y que en latín se decía así: “Te praetor iudicem arbitrumve postulo uti des”.

No se aplicaban las solemnidades de la *Actio Sacramenti*.

El juez tenía la facultad de valorar el proceso y declarar una sanción pecuniaria.

Acción de la Ley por emplazamiento o notificación, llamada también *Condictio*.

Esta acción fue elaborada mediante dos leyes:

- a) La Ley Silia, y
- b) La Ley Calpurnia.

La primera de las anteriores fue implantada para reclamar deudas de dinero, esto se denominó: “*certae pecuniae*”.

La segunda ley, se creó para toda clase de obligaciones de cualquier cosa cierta y se llamó: “*omni certa res*”.

La acción de la ley por emplazamiento se basaba en una notificación que el demandante enviaba a su adversario para que compareciera a juicio y en consecuencia hacer el nombramiento de un juez. Dicha citación se llevaba a cabo en presencia de testigos.

El actor en su demanda expresaba lo siguiente: *Aio te mihi sestertium X milia dare oportere: id postulo aias an nenes*: Afirmo que debes darme diez mil sestercios: te pido digas si es verdad o no. Si se contesta afirmativamente obviamente habría sido, una *confessio in iure*, con todos sus efectos; si hubiese sido lo contrario y la respuesta del demandado fuera negativa, el demandante añadía: *Quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico*, esto significa: Puesto que niegas, te emplazo para elegir juez dentro de treinta días. Y los litigantes regresaban ante el pretor para seleccionar un juez, cuya tarea estaba en disponer acerca de la existencia de la deuda.

Características que se pueden señalar de la Acción de la Ley por emplazamiento:

- * Fue un procedimiento sencillo;
- * Se desconocen los ritos de la *condictio*;
- * En esta acción no había apuesta de pagar una suma de dinero.

Legis actio per manus iniectioem.

La *actio manus iniectio* se aplicaba para ejecutar la condena impuesta al deudor. Cuando el demandado había sido condenado y este no cumplía con su obligación en un determinado plazo el cual era de treinta días que se le otorgaban para poder pagar su deuda, era obligado a cumplir con su deber aplicándosele toda la fuerza de la *actio manus iniectio*.

La forma en que se desarrollaba esta acción fue de la siguiente manera:

El acreedor llevaba al deudor in jus según las formas ordinarias, y después se procedía a los ritos de la acción. El acreedor decía: *Quod tu mihi iudicatus (sive damnatus) est sestertium x millia, quod non solvisti ob eam rem ego tibi seaterium x millium iudicati manum injicio*. Después de pronunciadas estas palabras, que indican la causa de la persecución y el importe de la deuda, ponía la mano sobre el deudor. Este no podía negar el derecho del acreedor y rechazar esta captura, *manum depellere*, nada más que pagando o suministrando un *vindex*. El *vindex* es un tercero que toma por suyo el asunto, y, gracias a la intervención del cual, el deudor queda en libertad y colocado fuera de causa. El procedimiento podía terminarse de dos maneras distintas:

- a) Si el deudor no ha encontrado *vindex*, el magistrado le declara *addictus*. El acreedor puede llevarle a su morada, encadenarle y tratarle como un esclavo de hecho, aunque no de derecho. La ley fijaba el peso de las cadenas y los alimentos que debían dársele, aunque además tenían derecho a alimentarse a su cargo.

Esta situación duraba sesenta días, durante los cuales el deudor podía aun obtener su libertad transigiendo o encontrando un *vindex*. El acreedor debía, además, facilitarle su libertad publicando durante tres días de mercado consecutivo el nombre del deudor y el importe de la deuda. Una vez expirado el término, si no había pagado nadie por él, era muerto el deudor, o vendido como esclavo más allá del Tiber. Cuando había varios acreedores podían repartirse su cuerpo; pero, según testimonio de antiguos autores, esta disposición de la ley de las XII Tablas no llegó a aplicarse nunca. Así, la *manus iniectio* atacaba a la persona del deudor y solo alcanzaba a los

bienes indirectamente. Llevaba consigo su muerte o su *capitis deminutio maxima*; los bienes y el precio que se sacaba de su venta como esclavo servían para pagar a los acreedores.

- b) Si el deudor encuentra un *vindex*, se verifica un nuevo proceso entre el acreedor y el *vindex*. La pérdida de este proceso hacia condenar al *vindex* al doble, para castigarle por haber puesto obstáculos al derecho del acreedor.”¹⁷

La *legis actio per manus iniectioem* se subdivide en varios procedimientos:

- “*manus iniectio iudicati*”;
- “*manus iniectio pro iudicato*”;
- “*manus iniectio pura*”.

La *manus iniectio iudicati* consistía en que el demandante tenía el derecho de detener al deudor, y si no prestaba un *vindex* (fiador) tenía que responder con su persona. Cuando el deudor no cumpliera con lo debido se ejecutaba la sentencia dictada en el procedimiento de la *legis actiones* y luego se originaba un nuevo proceso, el que se denominaba *manus iniectio iudicati*.

En el procedimiento de la *manus iniectio pro iudicato*, el acreedor aprehendía al deudor, ese apoderamiento se tenía que basar en la sentencia o en una confesión judicial. Este procedimiento se crea para los fiadores para reclamar del deudor lo que el estaba obligado a pagar al acreedor. En este caso el deudor no era considerado *iudicatus ni confessus*, teniendo el acreedor la facultad de aplicar esta acción para exigirle el cumplimiento de su deber.

Existió también una acción menos dura, esta era la *manus iniectio pura*, fue sencilla porque el deudor no necesitaba de un “*vindex*”, así mismo, no había necesidad de que el acreedor tratara al deudor como un *iudicatus*. Esta acción fue regulada en la Ley Furia testamentaria y en una Ley Marcia contra los usureros.

Acción de la Ley por toma de prenda o Pignoris capionem.

La *legis actio per pignoris captionem*, surgió en el derecho público, ya que en ese entonces el Fisco se apoderaba de los bienes de las personas que tenían la obligación de tributar, e incumplían con su responsabilidad de hacerlo.

Cuando el deudor no cumplía con su obligación, el acreedor para poder recuperar lo que se le debía tenía el derecho de apoderarse de alguna cosa o prenda perteneciente al deudor, en eso consistía el ejercicio de la *Pignoris*

¹⁷ Petit, Eugene, Op. Cit. Pág. 623

Capionem; lo que no se sabe es si el acreedor se adueñaba de la prenda, o talvez debía restituirla o venderla. El adversario podía oponerse, formando un nuevo procedimiento, esto se denominaba la "*actio per pignoris captionem*" y en el caso de que perdiera el acreedor, debía pagar el cuádruplo de lo que estaba en discusión y si el que perdía era el deudor este debía pagar el doble.

Se señalan algunas características importantes de este procedimiento:

- Era aplicable en pocos casos;
- Se ejercía a falta del magistrado y regularmente a falta del deudor; y
- Se practicaba en ausencia de la instancia "*in iure*".

El procedimiento de acciones de la ley basado en las exigencias de un pueblo primitivo no podía subsistir cuando la conciencia jurídica de los romanos se desarrolló, ya que adolecía de graves defectos:

- No era fácil aprender de memoria el texto de las declaraciones solemnes.
- Si se cometía un error en la declaración, el actor perdía el caso y no podía litigar otra vez sobre el mismo asunto.
- La memoria de los testigos, tanto como su buena fe, podía fallar al repetir frente al juez lo ocurrido en la fase *in iure*.
- En algún momento los ciudadanos desconfiaron de las palabras solemnes a las que un mundo primitivo atribuyó un significado religioso y casi mágico. Tales palabras solemnes eran además monopolio de los pontífices, miembros de la clase detentadora del poder. Cuando estas palabras fueron puestas al alcance del público por Cneo Flavio, perdieron su carácter sagrado y se llegó a la conclusión de que no tenía objeto obligar a los litigantes a aprenderlas de memoria, y a los testigos a retenerlas para rendir su testimonio, y que sería más eficaz construir el proceso sobre la base de un documento escrito.
- Por último, hay que agregar que el procedimiento de acciones de la ley solo podía ser utilizado por los ciudadanos romanos. Fue por esta razón que el pretor peregrino, al iniciar sus funciones en el año de 242 a. C., se

vio en la necesidad de crear un nuevo sistema de procedimiento, que fue el procedimiento formulario.¹⁸

2. EL PROCEDIMIENTO PER FORMULAM O FORUMLARIO.

Una de la característica más evidente del procedimiento de las acciones de la ley fue la solemnidad en el desarrollo del proceso. Conforme iba evolucionando el sistema jurídico romano se empezaron a notar ciertas deficiencias en su aplicación tales fueron:

- El ejercicio de la *legis actiones* solamente entre ciudadanos;
- El apego estricto de la ley, ya que si se cometía un error en la demanda, esta no podía corregirse;
- Presentaba el inconveniente de memorizarse las declaraciones solemnes;
- Al juez se le dificultaba averiguar el origen de la controversia, pues no podía adentrarse a ser un estudio minucioso del caso que investigaba por la formalidad a la que se tenía que apegar;
- El procedimiento también dependía en gran medida a las declaraciones que prestaban los testigos en el litigio.

La *Ley Aebutia* y la *Lulia Iudiciorum Privatorum*, de la época de Augusto, dieron lugar al Procedimiento Formulario, esto permitió que el anterior sistema se transformara en un proceso de derecho y no como se venía practicando.

La primera ley de las antes mencionadas dio lugar a que los individuos que entablaban el proceso, tuvieran el derecho de escoger entre el Procedimiento Formulario y el anterior procedimiento de las acciones de la ley; conforme se iba mejorando el sistema jurídico de ese entonces, hubo un momento en que ya no se permitió a los litigantes elegir entre los dos anteriores procedimientos, ya que la *Ley Lulia Judiciaria* no lo permitió ya que estableció como único procedimiento civil el Formulario.

El origen de este segundo sistema de procedimiento deviene de la aparición del *Ius Honorarium* y del *Ius Gentium*, es decir, aquellos procesos que se daban entre ciudadanos romanos y extranjeros o entre extranjeros.

¹⁸ Morineau Iduarte, Marta, Op. Cit., Pág. 93

Lo que se daba anteriormente era que el pretor al intervenir en los procesos entre peregrinos redactaba un documento o formula escrita de manera sintetizada en donde hacia constar los hechos del caso que se discutía. Como era necesario que el derecho fuera evolucionando el pretor considero crear apropiados escritos para los diferentes procesos, con el fin de proteger tanto a los ciudadanos romanos, como a los extranjeros. Ambos derechos terminaron por unificarse y transformar el derecho procesal honorario en proceso civil.

El nuevo sistema de enjuiciar adopta a la vez la formula verbal y la escrita, en cambio el sistema que anteriormente predomino se tramitaba verbalmente, designándose así: “*per concepta verba*”.

El Procedimiento Formulario, consistió en la elaboración de breves escritos redactados o controlados por un magistrado los cuales establecían los puntos del proceso a que acordaban las partes. Ese documento servía para que el juez tuviera una guía acerca del problema que se ponía a su disposición.

2.1. Características del Procedimiento Formulario.

El Procedimiento Formulario se caracterizo principalmente por lo que a continuación se detalla:

- Carecía de solemnidades;
- Prevaleció la equidad, ya que se protegió tanto a los ciudadanos romanos como a los peregrinos;
- La doble instancia: “*in iure*”, ante el magistrado; y la instancia “*in iudiciun*”, que se desarrollo ante el juez o arbitro, subsistió en el Procedimiento Formulario.
- Este nuevo sistema se tramito al mismo tiempo, de manera verbal y escrita;
- En su intervención el magistrado es permanente.
- Se originaba en el consentimiento de los litigantes y en la facultad del pretor.

2.2. Contenido del Procedimiento Formulario.

Como se señala anteriormente el Procedimiento Formulario, se caracterizo por su doble instancia:

- La fase *in iure* y

- La fase *apud iudicem*

La primera fase, se desarrollaba ante el magistrado, se consignaba y se consentía la fórmula.

La fase *in iure* se dividió en:

- La fórmula
- La *litis contestatio*

La Fórmula contaba con las siguientes partes:

- * La fórmula ordinaria y
- * La fórmula extraordinaria

La Fórmula Ordinaria contenía cuatro elementos importantes:

a) La *demonstratio*:

En esta parte se establece una breve explicación de los hechos que motivaron el conflicto, y el fundamento del derecho.

b) La *intentio*:

En este apartado el demandante pide que se le declare su pretensión. Aquí se indica la cuestión de la demanda, la que luego tendrá que ventilar el juez.

La *intentio* puede ser de dos formas:

- * Puede ser "*certa*", cuando el motivo de la demanda está bien determinado.
- * Puede ser "*incerta*", cuando el motivo de la demanda es indeterminado.

c) La *condemnatio*:

En esta parte de la fórmula, el magistrado autorizaba al juez y le concedía la facultad de condenar o absolver al adversario.

En el apartado de la *intentio* si los hechos se consideraban ciertos, también en la *condemnatio* son ciertos, siempre y cuando el objeto fuera determinado o la cantidad fuese cierta.

Así también, cuando la *intentio* era incierta, esto es cuando el objeto recae sobre una cosa indeterminada o una cantidad incierta, también la *condemantio* era incierta.

El juez, en este caso tenía que establecer su investigación en la *intentio*, ya que este apartado estaba profundamente relacionado con la *condemnatio*.

Cuando la demanda del actor estaba bien fundamentada, el juez sancionaba al demandado y si no lo estaba entonces procedía a absolverlo.

d) La *adjudicatio*:

Esta consiste en que el Pretor facultaba al juez o arbitro a adjudicar el bien o bienes objeto de la demanda; entregándole a cada parte lo que le correspondía. Esto se daba únicamente en los casos en los que se ejecuta una acción divisoria, como por ejemplo en las acciones de deslinde, de división de cosa común y de división de herencia.

Se da la posibilidad de que el actor y el demandado puedan impugnar algunas de las partes de la formula y así el magistrado tenía que adecuar esos términos a las pretensiones de los litigantes. Esas objeciones se conocían como: las *exceptiones* y las *praescriptiones*.

e) Las *exceptiones*:

Era un medio de defensa que permitió beneficiar a la parte demandada, contra lo que pretendía el actor. Esta parte de la formula se planteaba seguida de la *intentio*, en este punto, si la *intentio* estaba fundamentada y si no se planteaba la excepción, el juez sancionaba al demandado; pero si al contrario, sucedía que el demandado negaba las pretensiones del demandante y la existencia de los hechos en que se fundo la demanda, es decir, demostraba su excepción, la sentencia era absolutoria, o al menos se llegaba a obtener una rebaja en la condena.

Las exceptiones se clasificaron en dos:

- Las perpetuas o perentorias y
- Las temporales o dilatorias

Las excepciones perentorias, consistieron en: el dolo malo, el pacto de remisión, el miedo, cosa juzgada. Estas podían ser opuestas en cualquier momento y anulan totalmente la acción.

Las excepciones temporales o dilatorias, consistieron en: la espera, la incapacidad procuratoria. Estas podían ser opuestas en ciertas circunstancias y destruyen temporalmente la acción.

f) Las prescripciones:

Medio de defensa que podía darse a favor del demandante o del demandado. Este apartado antecedía a la *demonstratio* y había veces que la sustituía, ya sea en beneficio del actor o del adversario.

“El concepto de las acciones perpetuas y temporales vario en los siglos subsiguientes, cuando apareció la *“longitemporis praescriptio”* de 10, 20, 30 y 40 años. Estas prescripciones largas se aplicaban a las acciones perpetuas, y las más cortas a las acciones temporales. Cuando una acción duraba más de 40 años se decía *“praescriptio in memorial”*.”

En el procedimiento formulario, la prescripción de una acción temporal extinguía la acción y el derecho por ella garantizado. Pero, a partir de Teodosio II, se estableció una diferencia entre la acción y el derecho. Cuando se extinguía la acción, la obligación se convertía en natural, y los pagos hechos en su virtud eran validos.

Las acciones pretorianas caducaban al año de trabada la *“litis contestatio”*; las acciones civiles debían terminar al año y seis meses, cuando el proceso se ventilaba ante un juez unipersonal *“unus iudex”* y dentro del distrito de Roma.

La prescripción se suspendía, cuando afectaba a un menor de edad o a un impúbero. Se podía interrumpir la prescripción mediante una citación en juicio o cuando el obligado reconocía por un acto expreso el derecho del titular. ¹⁹

La formula extraordinaria, es aquella que es complementada en el asunto que se litiga. Esta formula tenia como fin tutelar derechos no establecidos en las leyes.

La *Litis Contestatio*, era un acuerdo arbitral o el acuerdo al que llegaban las partes con respecto al asunto del litigio. Ese acuerdo al que arribaban los litigantes se consignaba en la formula escrita y era entregada al demandante.

El Pretor ante el magistrado da a conocer al demandado ese acuerdo el cual debe aceptarlo. Puede pasar que el demandado no acepte el contrato, en este caso, se le imponen medidas drásticas; en cambio si acepta de manera amable el convenio, el *iudex* controla y da por terminado el procedimiento. Aquí es donde se

¹⁹ Antokoletz, Daniel. Op. Cit., Pág. 231 y 232

pone en práctica la "*litis contestatio*". Con ese acuerdo, se daba por finalizada la última etapa del procedimiento formulario ante el magistrado.

Habiendo dado este paso se finaliza la fase *in iure*. Y es entonces el momento en que el juez debía juzgar.

Uno de los efectos más importantes de la *litis contestatio* es la transformación que toma el derecho original del demandante, ya que el acuerdo al que llegan las partes es diferente, porque el adversario depende de lo que se lleve a cabo en el procedimiento y del ejercicio del mismo por parte del actor. El derecho que el actor hizo valer en su momento no se podía volver a considerar en un nuevo proceso.

Los efectos que surgen de la *litis contestatio* se clasifican de la siguiente forma:

- Efecto regulador:

Una vez fijadas y aceptadas las pretensiones de ambas partes, ninguna de ellas podrá efectuar cambio alguno; es decir, no se admite ninguna modificación ante el juez.

- Efecto consuntivo:

La *litis contestatio* consume o extingue la acción de tal modo que no puede intentarse por segunda vez; al decir de los romanos:

"Uno no puede litigar dos veces por el mismo asunto."

Este efecto consuntivo puede operar de las dos formas siguientes:

Si se trata de una acción personal, el magistrado tiene la facultad de rechazársela al demandante que vuelva a intentarla; es decir, el efecto consuntivo se da *ipso iure*.

Si la acción es real, solo se podrá rechazar si existe una excepción interpuesta por el demandado; esto es, la excepción de cosa juzgada.

- Efecto creador:

Por ser la *litis contestatio* una especie de contrato entre las partes, contrato que queda establecido en la fórmula, ambos deben sujetarse a las consecuencias que nazcan de esta nueva relación; es decir, se da –según Gayo– una especie de

novación, ya que la obligación anterior a la formula se ve reemplazada por el acuerdo que las partes establecen en ella.²⁰

Con la "*litis contestatio*", se establece una nueva obligación entre demandante y demandado. Se tiene que cumplir con toda la fase hasta llegar al final y sentenciar favorable o desfavorablemente al demandado. En este acuerdo la voluntad del demandado no es independiente. Con su consentimiento, acepta el contenido de la formula, pero también puede aceptarla para evitar consecuencias, verbigracia el embargo de sus bienes.

Existen tres reglas que perfeccionan los efectos de la "*litis contestatio*" y que se adhieren a la nueva relación:

- a) Esta nueva obligación es civil y transmisible.
- b) Los mecanismos del proceso se establecían por la "*litis contestatio*".
- c) El juez que decida sobre la absolución o condena del demandado, deberá situarse en el momento en que surgió la "*litis contestatio*", y apartir de allí determinar si la demanda esta debidamente fundamentada, para luego establecer, la cantidad de la condena.

Fase apud iudicem:

Esta fue la segunda fase del procedimiento formulario, la cual se desarrollaba ante el juez. Si el demandante no comparecía a juicio, el *iudex* dictaba sentencia absolutoria; en un principio, si se daba el caso en que el demandado no asistía a la reunión el litigio terminaba en sentencia y de acuerdo con lo que el demandante solicitaba. Luego conforme iba evolucionando el Derecho Romano, el juez tenía que basarse en primer lugar en la formula, en los medios de investigación y declaraciones de los litigantes, para obtener una convicción justa de lo que se solicitaba.

La fase *apud iudicem* se caracterizó por lo siguiente:

- a) Los alegatos y las defensas se desarrollaban verbalmente;
- b) Regia el principio de inmediación; y
- c) Los actos eran públicos.

Habían hechos que la ley los tenía por ciertos y por lo tanto no era preciso probar; también hechos que eran admitidos por el *iudex* por su libre y racional entender.

²⁰ Morineau Iduarte, Marta. Op. Cit., Pág. 95 y 96.

Se emplearon varios medios de prueba entre ellos: testimonial, documental, dictamen de expertos, etc.

Puede que cuando la sentencia sea monetaria su contenido sea la absolución o la condena del adversario, el *iudex* no tiene la facultad de subsanar los errores de los litigantes consignados en la fórmula, pero sí debe dictar sentencia en base a ella. Si se comete un error por parte del actor, como plantear una acción que no era, fracasaba en el juicio, lo que si era valedero era intentar plantear un nuevo proceso para que el juez resolviera conforme a derecho.

No era válido el caso de reclamar más de lo debido, a esto se le llamó: "*plus petitio*", el actor no fundamentaba su demanda, entonces el juez procedía a perdonar al demandado de lo que se le imputaba.

La "*plus petitio*", se subdivide de la siguiente forma:

- *La plus petitio re:*

Esta se refiere al objeto, cuando se pide una cantidad mayor de lo que se le debe.

- *La plus petitio tempore:*

Esta consiste en el tiempo, cuando se solicita antes de que el plazo se venza.

- *La plus petitio loco:*

Alude al lugar, como por ejemplo, se pacto entregar algo en determinado lugar y el actor solicita que se lo entreguen en otro lugar distinto.

- *La plus petitio causa:*

Se refería al requerimiento de más por la causa. Cuando lo que se tenía que reclamar consistía en el género de la causa y el demandante solicitaba la especie o cuando el adversario podía seleccionar alguna de las obligaciones que tenía para con el actor y este pretendía elegir alguna de ellas.

Si el demandante reclamaba menos de lo debido, a esto se le denominó: *minus petitio*, es decir, el juez solo se limitaba a condenar por la parte que se pedía.

La sentencia daba por finalizada la fase *apud iudicem* y el juez resolvía públicamente.

La sentencia podía ser:

- a) Absolutoria;

- b) Condenatoria;
- c) Declarativa; y
- d) Constitutiva.

La sentencia producía el efecto de cosa juzgada, es decir, que no daba lugar a entablar un nuevo proceso entre los mismos litigantes y mismo objeto. Si alguno de los litigantes intentaba promover nuevamente el mismo asunto ante el juez, se interponía la excepción "*rei iudicatae vel in iudicium deductae*"

"Pero la autoridad de la cosa juzgada no puede invocarse para rechazar una nueva persecución, nada mas que si la misma relación jurídica esta puesta en acción, siendo el mismo asunto *eadem res*. Según el jurisconsulto Paulo, es necesario, para que exista esta identidad, que haya: *idem corpus, eadem causa petendi, eadem conditio personarum*.

Idem corpus. Existe *idem corpus* cuando las dos demandas son sobre el mismo objeto; poco importa que sea un cuerpo cierto o una cantidad, *eadem quantitas*, o bien un derecho real, *idem jus*.

Eadem causa petendi. Es necesario que se trate de la misma pretensión jurídica. Si la demanda esta fundada sobre la misma causa, la excepción se concede, aunque el demandante ejercite una acción diferente. Por ejemplo: si el comprador, después de haber intentado la acción *quanti minoris*, ejercita la acción redhibitoria contra el vendedor, por los mismos vicios de la cosa vendida, será rechazado por la acción *rei iudicatae*. Pero ocurre de otra manera si el demandante, después de haber sucumbido en la *rei vindicatio* de un fundo, ejercita la *condictio*. Su pretensión ya no es la misma, pues después de haber obrado como propietario, obra ahora como acreedor, y no existe *eadem causa petendi*.

Paulo, sobre este punto, indica una importante diferencia entre las acciones *in personam* y las acciones *in rem*. Se puede ser acreedor de una misma cosa en virtud de causas diferentes; pero ejercitando una acción *in personam*, el demandante solo hace valer una de estas causas, que generalmente esta precisada en la *demonstratio*. Por ejemplo, si le es debido un esclavo en virtud de una venta o de un legado, después de haber ejercitado la acción *empti*, puede intentar la acción *ex testamento* sin temor a la excepción, porque cada vez invoca una causa especial de su crédito. Ocurre lo contrario en las acciones *in rem*, por ejemplo, en la *reivindicatio*. Cuando se reclama una cosa, hay obligación de hacer valer todas las causas que se tienen para ser propietario, y la formula no tiene *demonstratio* expresando una causa determinada.

De manera que si el demandante pierde su proceso, no puede reclamar otra vez la misma cosa, alegando otra causa que hubiera omitido; porque esta causa esta reputada como comprendida en la primera demanda. Acaso al ejercitar la *rei*

vindicatio tuviese derecho a indicar en una *praescriptio* la causa sobre la cual fundaba su pretensión, lo que le permitía obrar una segunda vez invocando alguna otra causa. Pero también es cierto que la excepción *rei judicatae* no le era opuesta cuando hacia valer una nueva causa de adquisición sobrevenida después de la sentencia.

Eadem conditio personarum. La cosa juzgada no es una verdad absoluta, y el efecto debe ser limitado a las personas que fueron parte en el proceso. La excepción *rei judicatae* no puede ser opuesta, a no ser que el asunto este expuesto entre las mismas personas.

Esta identidad existe no solamente cuando se trata de las mismas personas físicas, sino también de las mismas personas, en el punto de vista jurídico; por tanto, un heredero continua la persona del difunto; el hijo en potestad y el jefe de familia no son mas que una y misma persona en Derecho civil”.²¹

Cuando el condenado no cumplía con lo establecido en la sentencia, se procedía a ejecutar al deudor. Se establecía un plazo de sesenta días para que el demandado cumpliera con la sentencia, si no lo hacia se aplicaba la “*actio iudicati*”, la cual recae no solo sobre la persona del deudor, si no que también sobre el patrimonio del deudor.

Se dieron tres medidas mediante las cuales se ejecutaban los bienes del deudor:

a) *La bonorum venditio:*

Se refiere a la venta de los bienes del deudor, esa venta la realizaba un magíster, se hacia mediante subasta y en bloque del patrimonio del deudor.

b) *La bonorum distractio:*

Se estableció una medida de ejecución menos drástica, ya que lo que se ejecutaba eran determinados bienes del deudor y no el todo como sucedía en la ejecución *bonorum venditio*. A fin de alcanzar con tales bienes la cantidad que se le debía al actor.

c) *La pignus in causa iudicati captum:*

Esta medida se empleaba ante el magistrado y consistió en que el acreedor para garantizar su derecho se apoderaba por cierto tiempo de determinados muebles del deudor a titulo de prenda, si esos no alcanzaban a cubrir la obligación podía hacerlo con los inmuebles. Si no se cumplía con la obligación el acreedor tenia el derecho de vender los bienes.

²¹ Petit, Eugene, Op. Cit. Pág. 623

La protección jurídica extrajudicial, se dió en aquellos casos en los que pretendía proteger casos no previstos en el procedimiento formulario, estas medidas se podían dar en juicio o fuera de el. Entre estos medios de protección se citan los siguientes:

a) *Restituciones in integrum;*

b) *Stipulationes praetoriae*

c) *Interdicta*

d) *Missiones in possessionem*

a) *Restituciones in integrum:*

Estas se refieren a una resolución a la que llegaba el magistrado en virtud de la cual anulaba algún punto que no había sido resuelto conforme a la ley y de esta manera restituir esa situación a su estado anterior.

b) *Stipulationes praetoriae:*

Son estipulaciones a las que se apegaban las partes las cuales eran creadas por el Pretor con el fin de tutelar determinadas situaciones, entre estas estaban:

- Garantizar la comparecencia en juicio;
- Garantizar el resultado del juicio; y
- Comparecer con una acción a relaciones que carecen de ella.

c) *Interdicta:*

Son órdenes que el magistrado establecía a requerimiento de alguna de las partes, y que tenía como finalidad la pronta solución del conflicto, como por ejemplo, los interdictos exhibitorios, restitutorios y prohibitorios. En el caso del interdicto exhibitorio por ejemplo cuando se solicitaba la exhibición de algo. Si se trataba de un interdicto restitutorio, se ordenaba la entrega o restitución de algo. El interdicto prohibitorio se ejercía cuando se prohibía algo.

d) *Missiones in possessionem:*

Consistía en las órdenes que daba el magistrado, para que los bienes del deudor fueran encargados a varias personas con ciertas facultades.

Durante el Imperio Romano, el recurso que cabía contra la sentencia era la apelación este medio de impugnación permitió revisar de nuevo la decisión del iudex. La Apelación nace de la reclamación que los litigantes hacían acerca del fallo que daba el magistrado *intercessio* esto es un magistrado igual o inferior; ante el magistrado superior, lo que se denominó: *apellare magistratum*. Era objeto de cosa juzgada cuando no encajaba la apelación. Pero existieron algunos otros medios de impugnación especiales que se aplicaban contra la sentencia entre ellos estaban los siguientes:

- *Revocatio in duplum*:

Toda sentencia que contrariara la ley era nula.

- *In integrum restitutio*:

Se acudía a este recurso cuando alguno de los litigantes se sintiera ofendido por una decisión judicial.

3. PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO.

Este sistema propio del derecho posclásico ya había surgido con anterioridad, ya que se aplicó de manera excepcional y en determinado momento en el procedimiento de acciones de ley, así también como en el procedimiento formulario. Luego se mantuvo durante todo el Imperio como procedimiento normal a todos los juicios.

La "*cognitio extra ordinem*" como se le denominó, consistía en que el juicio se entablaba en un mismo momento procesal y ante el magistrado "*in iure*", funcionarios públicos que dependían del emperador, sin remitirlo al juez o arbitro "*in iudicium*". El magistrado con el imperio que le otorgaba la ley resolvía las cuestiones que se le presentaban dictando un decreto. Todo inicio al aplicarse a casos especiales que no estaban regulados por el derecho civil en cuya virtud se ejercía la justicia imperial. Es así como se impartía la justicia y conforme iba evolucionando el derecho romano, fue apareciendo la justicia imperial convirtiendo este sistema en un procedimiento normal. Con este procedimiento desaparecieron las fases *in iure* y *apud iudicem* características del procedimiento formulario. Como se menciona anteriormente este procedimiento consistió en una excepción, pero ya en el Bajo Imperio se constituyó en un trámite normal. La administración de la justicia se administró bajo el imperio del Príncipe y ya no de manera arbitral como antiguamente hacían los órganos jurisdiccionales. El contrato de arbitraje se siguió ejerciendo pero por mutuo acuerdo de las partes.

La administración de justicia estuvo organizada así: la primera instancia la integraban Prefectos de ciudad, Prefectos de la anona, Procuradores financieros. En los pueblos, los asuntos de mayor cuantía se ventilaban ante los gobernadores y los de menor cuantía por los defensores *civitatís*, los magistrados municipales y los jueces *pedaneos*. El Prefecto de Pretorio, el Vicario y el Emperador, se encargaban de ventilar los asuntos de Apelación.

En un principio el presente procedimiento se implantó en las provincias imperiales, y en las provincias senatoriales se siguió ejerciendo el procedimiento formulario.

Con Diocleciano desapareció toda división entre las provincias imperiales y las provincias senatoriales que existía con respecto a la administración de justicia. El Emperador era la máxima autoridad jurídica y a su vez este facultaba a los demás magistrados a ejercer justicia.

Y fue así como fue desapareciendo la práctica que ejercía el magistrado superior al remitirle la formula al inferior. Para luego convertirse en un único procedimiento y al que se le denominó Procedimiento *Extra Ordinem*.

3.1. Características del procedimiento extraordinario.

- a) Desaparición de las fases *in iure* y *apud iudicem*;
- b) El procedimiento se aplicaba *in iure*, es decir, ante el magistrado quien conoce de la sentencia sin remitir las actuaciones ante un juez o arbitro;
- c) Se convirtió en la única forma de proceso civil;
- d) La autoridad judicial es una función ejercida por el Estado y los litigantes están sujetos a la decisión de dicha autoridad;
- e) Su forma de aplicación era escrita;
- f) El juez se limitaba a usar el derecho vigente y del Edicto Perpetuo;
- g) Cesan los efectos de la *litis contestatio* que se originaban de la aceptación de la formula;
- h) En el procedimiento *extra ordinem*, la *litis contestatio* solo establecía un momento procesal el cual tenía un plazo máximo de duración de tres años;
- i) La sentencia no era necesariamente monetaria podía recaer sobre determinados bienes;

- j) Ya no se ejecutaba todo el patrimonio del sentenciado sino solamente los bienes suficientes para cubrir el monto de la condena;
- k) La sentencia era susceptible de apelación ante el magistrado superior y en algunas ocasiones podía llegar a conocimiento del propio emperador.

3.2. Desarrollo del proceso *extra ordinem*.

- La citación:

En el presente procedimiento la citación en juicio la hacía una persona llamada *tabularius* quien era un empleado del juzgado y quien a través de una notificación oficial la cual en ese entonces se denominó *denuntiatio*, ponía en conocimiento la demanda al emplazado, este llamamiento era verbal para los presentes y escrita para los que no se presentaban a juicio.

- *Libellus* contradicciones:

De la demanda o *libellus conventionis* que se notificaba al demandado, se presentaba la contestación de la demanda, esto era: *libellus contradictionis*. En este momento el adversario debía prestar garantía de presentarse a juicio en el plazo de tres días, esto fue en un inicio, luego fue de veinte días. Si el demandado no asistía a la cita el litigio seguía su trámite. Si se daba el caso en que el actor no comparecía a juicio, la sentencia se dictaba en su contra. En esta fase el demandado podía ser asistido por su defensa.

- *Litis contestatio*:

Con la contestación de la demanda se originaba la *litis contestatio*. En esta etapa el demandado podía dilatar el proceso por medio de alguna excepción dilatoria. Este era el momento en el que los litigantes exponían sus pretensiones, sin necesidad de formalidades. Algunos de los efectos jurídicos que se originaban a consecuencia de la *litis contestatio* fueron: se determinaba el objeto del proceso; se interrumpía la prescripción; la prescripción se aplicaba a los tres años; la prescripción extinguía el procedimiento no así el derecho de las partes.

- Procedimiento probatorio:

En esta etapa se presentaban y valoraban los medios de prueba que se proponían. Entre los medios de prueba más importantes estaban: documental, testimonial, juramentos, confesión, pericial y presunciones. Como por ejemplo el pago de una deuda se probaba con cinco testigos que presenciaban el compromiso. Existieron documentos públicos y privados, los primeros estaban supeditados de plena fe; los documentos privados se comprobaban con el mismo documento y testigos. También se empleaban las presunciones humanas y las presunciones legales.

- Impugnación de la sentencia:

El medio de impugnación que podría llamarse como ordinario fue la Apelación. Se apelaba ante el magistrado que dictó la sentencia, en un término de diez días. Seguidamente se elevaba al superior jerárquico. La persona que vencía aplicaba la *actio iudicati* para poder ejecutar algunos bienes del que fracasaba, estos bienes podían ejecutarse sobre determinada cosa o sobre los bienes que cubrieran la deuda.

4. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.

Entre los procedimientos especiales más destacados estaban los siguientes:

- *Per rescriptum*;
- *Summatim cognoscere*; y
- *Episcopales audiencia*.
- *Per rescriptum*:

En la época clásica, los litigantes o el *iudex*, podía pedir la decisión del emperador ya sea mediante una *supplicatio* o una *epistula*. El emperador se limitaba a tomar decisiones a cuestiones de derecho, mientras que el juez tenía que determinar los hechos que se reclamaban. En la época posclásica se suprimió la práctica anterior ya que Constantino reguló normas precisas que no permitieron que se acudiera al emperador después que las partes obtuvieran un rescripto.

- *Summatim cognoscere:*

En este procedimiento especial no era necesaria la parte de las estipulaciones sancionadas en garantía de las partes en el proceso común, ya que se simplificaban los términos de las *denuntiationes*, también la prueba y la apelación, etc. Este procedimiento sustituye al procedimiento interdictal, el cual se caracterizaba por su rapidez, por tal motivo se consideraron como acciones.

- *Episcopales audiencia:*

En este procedimiento intervenían los obispos quienes conocían los litigios que se daban entre laicos.

CAPÍTULO III

LAS COSAS Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

1. LAS COSAS Y SU DIVISIÓN.

Se entiende por cosa o bien, todo objeto que sea susceptible de una las que están fuera de comercio *res quórum commercium non est o extra commercium*; se distinguen aquellas cosas que aun no tienen propietario *res nullius*.

En el derecho justiniano las cosas se clasifican en aquellas que están en nuestro patrimonio y cosas que están fuera de nuestro patrimonio. Algunos comentaristas reemplazan la anterior división por una basada en el derecho: *res in commercium* y las *res extra commercium*, lo que significa cosas que estaban dentro del comercio y las cosas que estaban fuera del comercio.

1.1. Clasificación de las cosas ofrecidas a los dioses.

Las *res quórum commercium non est o extra commercium* o fuera del comercio. En cuanto al derecho divino, *divini iuris*, las cosas ofrecidas a los dioses se clasificaban:

a) Las cosas sagradas:

Eran ofrecidas al culto de los dioses superiores, como por ejemplo los templos, terrenos, altares, a través de una celebridad religiosa.

b) Las cosas religiosas:

Cosas dedicadas al culto de los dioses inferiores, como la inhumación de un hombre libre o de un esclavo.

c) Las cosas santas:

Eran las cosas encargadas a los dioses para ponerlas bajo su protección, como los muros y puertas de la ciudad.

1.2. Clasificación de las cosas según el derecho humano "*humani iuris*".

Las cosas en cuanto al derecho humano *humani iuris* se clasificaban en:

a) Las cosas privadas:

Bienes que podían ser propiedad de cualquier sujeto, de aquellas cosas que son susceptibles de tráfico comercial dentro de las relaciones privadas o cosas que están en el patrimonio de una persona.

b) Las cosas públicas. Estas se subdividían en:

- Las *res comunes*:

Todas aquellas cosas que por su propia naturaleza son comunes a todos los hombres, y que no pertenecen a nadie, como el aire, el agua corriente, el sol, la lluvia.

- Las *res publicae*:

Cosas de uso común, pertenecientes al pueblo romano, como las vías, puertos, corrientes de agua, los ríos, los edificios públicos.

1.3. Clasificación de las cosas atendiendo a la *res in commercium*, es decir las que están dentro del comercio.

Clasificación de las cosas atendiendo al patrimonio y que están dentro del comercio:

- *Res Mancipi*:

Es una de las clasificaciones de la res más antiguas e importantes dentro del derecho romano, en primer lugar el término *mancipi*, proviene de la división de las cosas más importantes en el derecho romano clásico, establecidas en las creencias de los romanos. Se transmiten mediante determinadas formalidades.

La *res Mancipi* consistió en determinar las cosas como las fincas y las viviendas de los ciudadanos romanos, ubicados precisamente en tierras itálicas. Así también se ubicaban dentro de este término, las servidumbres más importantes, como las servidumbres de paso y de acueducto, asimismo, los siervos y animales de campo.

- *Res nec Mancipi*:

Las cosas se transmiten por la mera tradición. Era suficiente la simple entrega de la cosa para la adquisición. Se refería a las cosas *nec Mancipi*. Ni

aun los terrenos provinciales que solamente estaban en posesión de la persona. Con el derecho justinianeo termino toda diferencia que existía entre el *ius civile* y el *ius gentium*, de igual manera dejo de existir esta clasificación y por supuesto la *mancipatio*.

Clasificación de las cosas atendiendo a su naturaleza y que están dentro del comercio de los hombres:

- Cosas divisibles:

Son aquellas cosas que permiten dividir cada una de sus partes en otras de igual naturaleza y en forma independiente, como por ejemplo un barril de vino en botellas, una cantidad de dinero, etc.

- Cosas indivisibles:

Todas las cosas que no permiten dividirse sin que sufran deterioro, como una escultura, un edificio, etc.

- Cosas consumibles:

Consisten en aquellas cosas que se destruyen desde el primer uso, como los comestibles, medicinas, gasolina, el dinero, etc. En el derecho justinianeo se trastorna la distinción clásica al equiparar a las cosas consumibles las cosas que no se gastan de una vez al primer uso, pero que se desgastan sensiblemente por el uso reiterado.

- Cosas no consumibles:

Contrarias a las anteriores, se refiere aquellas cosas que no se acaban ni se extinguen con el uso, pueden emplearse repetidamente, es decir, permite un uso prolongado sin que los mismos desvanezcan. Estas pueden ser por ejemplo, una estatua, una casa, un vestido.

- Cosas fungibles:

Son cosas fungibles aquellas que no teniendo una individualidad propia, pertenecen a un determinado genero, pueden ser sustituidas por del mismo genero. Por ejemplo, el dinero, granos básicos, vino, etc.

- Cosas no fungibles:

Diferentes a las antepuestas, ya que estas no se pueden sustituir por otras del mismo genero. Por ejemplo, una obra de arte.

- Cosas corporales:

Se entiende por corporal todo lo que pueda ser percibido por los sentidos. Todo lo que se pueda ver y tocar.

- Cosas incorporales:

Es todo aquello que no es concreto pero produce efectos juridicos, es decir, lo que no pueda verse ni tocarse, como un derecho.

- Cosas muebles:

Aquellas cosas que permiten moverse y trasladarse de un lugar a otro sin menoscabo de su naturaleza.

- Cosas inmuebles:

Son aquellas cosas que no pueden trasladarse de un lugar a otro, sin detrimento de ellos mismos. Estos se conocieron como bienes raíces porque efectuaban sus fines enraizados radicándose en un lugar determinado. Por ejemplo, las tierras, casas, árboles.

La palabra *usus*, se refiere al uso que se adquiere por la utilidad de una *res* sin alterar su integridad ni la de los productos de la cosa, solo era factible, en determinados bienes como los consumibles.

2. EL DERECHO DE PROPIEDAD.

2.1. Concepto y terminología de la propiedad.

El derecho real por excelencia que todo individuo puede tener sobre determinadas cosas es el de la propiedad. En un principio este derecho se gozaba sobre cosas muebles o semovientes, antes de que recayera sobre los inmuebles. Los romanos no intentaron formar un concepto de la propiedad. Pero las definiciones que se aportan a la misma son trabajo de los juristas modernos. El término más acertado de lo que era la propiedad: "Derecho real por excelencia, que confiere el señorío pleno sobre la cosa."

DEFINICION. La propiedad es la facultad que corresponde a una persona, el propietario, de obtener directamente de una cosa determinada toda la utilidad jurídica que es susceptible de proporcionar.²²

Antiguamente la propiedad era familiar, se llamó *heredium*, *domus*, o *fundus*. No era susceptible de venta hasta que falleciera el padre de familia.

Terminología de la palabra propiedad:

Se usaron tres términos para designar la propiedad:

a) *Manu capere*:

Significó el apoderamiento material y fue una manera antigua de defender la propiedad. Se utilizó para designar la transmisión de la cosa.

b) *Dominium*:

Con el presente término se denominó al titular de facultades, no así al propietario.

c) *Propietas*:

Forma nueva de designar la propiedad. Se practicaba llamar al usufructuario *dominus usufructus* y al dueño que no podía gozar de los frutos *dominus proprietas*, luego de denominó al propietario titular *propietarius*.

Ese poder que le asistía al propietario, no significaba que se tenía la cosa materialmente bajo su dominio, ya que en ocasiones el bien se encontraba en manos de un poseedor. Lo importante en este caso era que el propietario seguía manteniendo el poder sobre la cosa.

2.2. Clases de propiedad usadas por los romanos.

En la época clásica se dieron los siguientes tipos de propiedad:

a) *Dominium*,

b) Propiedad *bonitaria* o pretoria,

²² Foignet, Rene. Op. Cit. Pág. 93

- c) Propiedad provincial, y
- d) Propiedad de los peregrinos.

- *Dominium o dominium ex iure Quiritium:*

Con esta forma los romanos distinguieron un auténtico derecho de propiedad. El poder inmediato que se gozaba sobre la cosa, constaba de tres componentes importantes, ya que en ausencia de alguno de ellos no se podía adquirir la plena propiedad, a continuación se describen:

- a) *Usus:*

El propietario hacia uso de la cosa.

- b) *Fructus:*

Puede gozar y disfrutar de los frutos que produzca la cosa.

- c) *Abusus:*

El dueño tenía la facultad de disponer sobre la cosa.

A la par de los anteriores elementos, también se tenía que tomar en cuenta los siguientes detalles:

- a) El propietario tenía que ser un ciudadano romano;
- b) La cosa ya sea mueble o inmueble debía tener naturaleza romana;
- c) El modo de adquirir la propiedad sea conforme a la situación *mancipi* de la cosa;
- d) En los cuestiones de transmisión de la cosa, el transmitente debía tener la propiedad civil o quiritaria sobre la cosa.

El dominio contaba con las siguientes características:

- a) Era característico del propietario;

- b) Se mantenía seguro en beneficio de sus herederos.

El derecho de propiedad, era una característica única de los ciudadanos romanos quienes debían adquirir la misma mediante un procedimiento romano. En cambio la propiedad de los extranjeros llamada *ex iure gentium*, no gozaban de las mismas facultades de que disponían los ciudadanos romanos.

Progresos realizados. Más tarde, en una época imposible de precisar, se hizo a un lado ese rigor primitivo y dejó de ser tan restringido el campo de aplicación de la propiedad.

1. Desde un principio se admitió que el latino en posesión del *commercium* tuviera propiedad quiritaria. Se terminó hasta por reconocer la propiedad a los peregrinos, pero sin llamarla nunca quiritaria y sin aplicarle ni su sanción propia, la reivindicación, ni sus modos especiales de adquirir.
 2. También desde un principio, por consideraciones económicas, se debió reconocer que las res *nec mancipi* eran susceptibles de propiedad quiritaria, por el mismo título y con las mismas condiciones que las res *nec mancipi*.
 3. En fin, se admitió igualmente que los modos de adquisición del Derecho de Gentes, especialmente la tradición, engendraran la propiedad quiritaria, por lo menos para las res *nec mancipi*.
- Propiedad *bonitaria* o pretoria:

Definición. Propiedad *bonitaria*, o *in bonis habere*, era la propiedad reconocida y sancionada por el Derecho pretoriano, por oposición a la propiedad quiritaria que reconocía y sancionaba el Derecho civil romano.²³

Esta clase de propiedad surgió en la época clásica, a la cual se le denominó *rem in bonis habere*. El pretor consideró necesario proteger al adquirente, ya sea contra el propietario o contra terceros. En este caso el Pretor

²³ Ibidem. Pág. 94

concedió el dominio sobre una cosa aquellas personas que habían adquirido el dominio por personas que no eran ciudadanos romanos o por medio de alguna forma diferente a la que regulaba el *ius civile*.

Cuando la cosa que se vendía era una *res Mancipi* (las tierras de los ciudadanos romanos, obligadamente ubicados en Italia, así como los siervos, semovientes y las servidumbres de paso y la de acueducto), y se transmitía al comprador mediante la simple entrega, sin apegarse a las formalidades establecidas por el *ius civile*, resultaba que el vendedor seguía siendo el propietario de la cosa hasta que no se cumpliera con lo requerido por ese derecho.

El Derecho Honorario concede al comprador frente esta acción reivindicatoria ejecutada en contra suya una *exceptio rei venditae et traditae*, la cual interrumpe la *rei vindicatio* y concede al adquirente la posesión de la cosa y es liberado, convirtiéndose en un verdadero *dominus*.

En el caso en el que el tiempo no se efectuaba, el comprador no se hacía *dominus* de la cosa, el pretor le concede una fórmula ficticia, denominada *actio publiciana*, de que ya había transcurrido el tiempo necesario para la *usucapio*, la cual consistió en establecer que el *iudex* investigara si hubo transmisión de la cosa y bajo el imperio de la ley, y si así fuese, como si haya transcurrido el tiempo de la usucapión. El que disponía de la *Actio Publiciana*, no era propietario conforme al *ius civile*, pero si lo era en relación con el *Ius Honorarium*.

El comprador que por razón de la *Actio Publiciana* y de la *exceptio rei venditae et traditae* hacía valer, contra cualquier persona, su derecho de subsistir en posesión, tenía la cosa in *bonis*, esto quería decir, en propia, exclusiva y perpetua disposición. Mientras que el propietario formal, le pertenecía un *nudum ius Quiritium*, esto era, un derecho de propiedad desposeído de todo beneficio.

Otro medio de defensa que garantizaba los derechos del comprador, fue la *exceptio doli*, la cual se aplicaba contra el que transmitía la cosa, reclamando que el vendedor había actuado con malicia al inducir en error al adquirente.

En la época clásica, se diferenciaron dos diferentes tipos de *dominium*: el *ex iure Quiritium* y el *in bonis*. Ya en el derecho justiniano, se alcanza la unificación del término de propiedad. Se suprimió toda distinción entre la *res Mancipi* y las *nec Mancipi*, así también entre los extranjeros y ciudadanos romanos.

- Propiedad provincial:

El derecho de propiedad sobre la tierra conquistada por Roma, no podía pertenecer a los particulares, era propiedad exclusiva del Estado, en particular al monarca dominante o a los *cives* de una ciudad. Lo que si era permitido era que el Estado otorgaba a los particulares el uso y el disfrute de las tierras, mediante el pago de un impuesto en mercancía o monetaria, se llamaba *stipendium* en las provincias senatoriales y *tributum* en las imperiales.

Esa práctica fue evolucionando primeramente en la península, en cuya virtud todo el suelo se convirtió en romano y en propiedad civil o quiritaria sus poseedores. En las tierras provinciales se siguió aplicando como propiedad perteneciente al Estado, aunque también se dieron para el disfrute de las mismas como una especie de uso o de usufructo. Realmente se estableció como una institución con iguales derechos que se le atribuían al propietario de un fundo itálico, con la única diferencia que en este último caso se tenían que pagar determinados impuestos al Estado, así también la única forma para poderse defenderse frente a cualquier ataque era la *reivindicatio utilis*. Luego se reconoció sobre todas las tierras el *dominium*, el cual ya no era solo de los ciudadanos romanos.

En el Bajo Imperio se suprime la distinción entre el suelo provincial y suelo itálico, esto se dio desde que Aureliano impuso tributos a las tierras itálicas y desde ese momento desaparece toda diferencia. La imposición de los tributos sin hacer diferencia alguna, se considera como contribución del propietario a los gastos públicos.

- Propiedad de los peregrinos:

Todos aquellos que no gozaban de la calidad de ciudadanos romanos, no tenían el *dominium ex iure Quiritium*. Todo lo que le pertenecía a los peregrinos, era realmente una verdadera propiedad, aunque para el

derecho romano no era de interés reconocerlo así. Pero más adelante y con el *iure gentium*, se consideró necesario por parte de los órganos jurisdiccionales, a cargo del pretor peregrino y los gobernadores de las provincias amparar ese dominio que los peregrinos tenían sobre sus cosas, mediante el ejercicio de formulas.

Así como se unificó el *iure gentium* y el *ius civile* se concedió la ciudadanía a los extranjeros, y de igual forma se unificó el derecho de propiedad.

2.3. Limitaciones de la propiedad.

A pesar de que el propietario gozaba del señorío absoluto sobre la cosa, se estableció una serie de limitantes a las que se debía ajustar. Esas limitaciones recaían solamente sobre esclavos e inmuebles. Entre las más importantes figuraban:

a) Servidumbre de paso:

En esta restricción era importante abrir accesos entre las fincas, facilitando con ello las vías públicas. Los propietarios de fincas urbanas o rurales tenían que dejar un paso libre de una extensión de dos pies y medio.

b) Ramas que caen sobre heredad ajena:

En este caso si las ramas avanzan hacia la finca vecina, el propietario de la misma lo podía permitir hasta cierta altura. También tenía que acceder al derecho que le asistía al dueño de los frutos del árbol.

c) La prohibición de sepultura y la incineración de cadáveres en las fincas ubicadas dentro de la ciudad:

Esto se consideró necesario sobre todo por la higiene y salud de los pobladores, posiblemente por motivos místicos.

d) Prohibición de hacer excavaciones mineras:

Al propietario de una finca se le consideró también dueño de toda la profundidad, a este se le permitió que otra persona hiciera excavaciones, con la garantía de pagar al propietario de la finca y al fisco la décima parte a cada uno de los minerales que lograra alcanzar.

e) Expropiación forzosa:

En este caso se limitaba el derecho de propiedad por razones de utilidad pública. Al parecer el Derecho Romano no la señala claramente, pero se tienen indicios de ello, muy parecido a lo que soluciona el derecho actual.

f) El condominio:

El condominio se refiere al señorío que tenía cada copropietario sobre la cosa común. Lo que se conoce como copropietario los romanos lo llamaron: *domini* o *socii* y condominio o copropiedad lo denominaron *communio*.

El goce de la cosa a través de la copropiedad se daba para las cosas comprendidas en una herencia para, las cosas legadas, para las cosas adquiridas en una sociedad, para la confusión o mezcla de materias pertenecientes a distintos propietarios.

Los comentaristas modernos establecen la existencia de copropiedad voluntaria y copropiedad no voluntaria, esta última por ejemplo se da en los casos de herencia o legados, es decir, cuando se adquiere la cosa colectivamente pero ajenos a dicha voluntad.

Forma de regulación del condominio:

- La disponibilidad que cada partícipe tenía sobre la cosa:

Los condóminos tenían el pleno dominio o disponibilidad jurídica en proporción a su cuota, de la misma manera sobre los frutos que produzca la cosa.

- La admisión de hacer innovaciones sobre la cosa común:

Se permitió a los partícipes ejecutar obras que modificaran de alguna manera la cosa común, siempre que a ello no se opusiera una prohibición expresa de otro condómino. Esta actuación se regulaba bajo el principio denominado: *ius prohibendi*. No se necesitaba el consentimiento de los demás, sino que para impedir la ejecución de la innovación bastaba solamente que un condómino prohibiera expresamente el acto.

- En la época del derecho justiniano se permitió realizar actos conservatorios y con derecho a

reclamar el gasto a los demás mediante la acción *communi dividendo*.

- Actos que el condómino no podía realizar por su propia voluntad, ya que era necesario el consentimiento unánime de los demás:

En los casos de disposición jurídica y gravamen que afectara la totalidad de la cosa común, como por ejemplo enajenarla, gravarla con usufructo o constituir servidumbre, etc. No solo era la falta de prohibición por parte de los partícipes en este asunto; se necesitaba el consentimiento de todos los condóminos.

2.4. Modos de adquirir la propiedad.

Se llaman modos de adquisición de la propiedad aquellos hechos jurídicos que el ordenamiento declara idóneos para crear en los particulares un derecho de propiedad, o para transmitirlo de uno a otro sujeto.²⁴

Existieron dos distintas clasificaciones de los modos de adquirir la propiedad:

La primera clasificación que a continuación se detalla, fue elaborada por algunos comentaristas modernos:

- a) Originarios; y
- b) Derivados

2.4.1. Modos originarios de adquirir la propiedad:

Aquellos modos de adquisición no dependían de un título traslativo de dominio. Modo de adquirir originario es el que hacía adquirir una cosa que no pertenecía a nadie.²⁵ Los modos originarios se dividieron en:

- Ocupación,
- Accesión,

²⁴ Arangio Ruiz Vincenzo., **Instituciones de Derecho Romano**, Editorial Desalma, Buenos Aires Argentina, año 1952. Pág. 209

²⁵ Foignet, René. Op. Cit. Pág. 100

- Especificación,
- Confusión,
- Adquisición del tesoro, y
- Adquisición de frutos.

a) La ocupación:

Modo de adquirir la propiedad que consistió en adquirir una cosa que no tiene dueño *res nullius*. Un ejemplo primitivo fue el de la caza de animales salvajes y la pesca. La persona que se apoderaba de la cosa tenía el propósito de adueñarse de la cosa, esto se denominó *animus domini*.

Se consideró *res nullius*, al apoderamiento de aquellas cosas que nunca tuvieron dueño. Como ejemplo se señalan, las piedras, las conchas, los fósiles, las perlas y los más típicos la caza de animales salvajes y de algunos domésticos, así como la pesca.

La *res derelictae*, significa el apoderamiento de las cosas que fueron abandonadas por el dueño anterior. El propietario perdía su derecho en el momento que otra persona se apoderaba de la cosa. Como ejemplo en este caso fue el abandono de una finca por no poder pagar los impuestos, se le advertía al dueño que si no volvía dentro del plazo de seis meses, cualquier persona se podía apoderar del fundo. Cuando se tiraban monedas u otras cosas en fiestas publicas.

Las *res hostiles*, fueron aquellas cosas que pertenecían a los enemigos, las cuales eran ocupadas por los romanos contra sus adversarios. El botín resultado de una batalla pertenecía al Estado, y las cosas de los enemigos podían ser ocupadas por los particulares.

b) La accesión:

Este se refiere a la incorporación natural o artificial de dos cosas, una accesoria y la otra principal, formando una sola cosa. El propietario de la cosa principal, continua teniendo a su favor la cosa accesoria.

El término *accessio* designa el acrecentamiento que se añade a la cosa principal. En la época justineana, se calificaba como cosa principal, la que subsistía por si sola la cual era la más importante para llevar acabo los fines económicos a los que se destinaba.

Se distinguieron tres tipos de accesión:

- a. La accesión de cosas muebles;
- b. La accesión de dos cosas inmuebles; y
- c. La accesión de una cosa mueble a otra inmueble.

La accesión de cosas muebles distingue los siguientes casos en los que se daba:

➤ *Ferruminatio:*

Era la incorporación de dos piezas del mismo metal utilizando el propio material para su unión.

➤ *Scriptura:*

Era la inscripción que se hacia sobre el papiro o pergamino. El dueño del papiro o pergamino lo era también de la incorporación que se hacia en tinta.

➤ *Textura:*

Cuando a un tejido se le añadía hilos de la misma o diferente tela, esas hebras pasaban a ser propiedad del dueño del tejido.

➤ *Pictura:*

La solución para Paulo en este caso fue que el propietario de la obra es el dueño de la tabla sobre la cual se adhiere la pintura. Para Gayo la solución al problema fue a favor del pintor.

La accesión de dos cosas inmuebles distingue cuatro tipos:

➤ *Alluvio:*

El aumento de terreno por sedimentación de las aguas que los ríos, lagos, arroyos va incorporando lentamente en las fincas es adquirida por el propietario del fundo.

➤ *Avulsio:*

En este caso la accesión no es lenta, es inesperada, consistente en la fuerza de la corriente de un río que segrega una porción de una finca aguas arriba a otro fundo ubicado más abajo. El propietario de esa finca la adquiere hasta que las plantas crezcan en su terreno.

➤ *Alveus derelictus:*

Cuando el curso de un río variaba su curso natural, quedando su lecho abandonado, pertenecía a los dueños de los predios ribereños.

➤ *Insula in flumine nata:*

La isla que surgía en los ríos públicos, pertenecía a los propietarios de las fincas ribereñas que se encontraban frente a la isla.

En la accesión de cosa mueble a otra inmueble, se señalan dos clases:

➤ *Inaedificatio:*

Cuando una persona hubiese construido una obra sobre el suelo, la edificación pertenece por incorporación al dueño del suelo.

➤ *Plantatio y satio:*

Cuando alguno colocaba en su suelo una planta, por accesión pertenecía al dueño del suelo. Si la planta era ajena y ya había echado raíces, le correspondía al propietario de la planta.

c) Especificación:

Modo originario de adquirir la propiedad, consistente en la transformación de una cosa convirtiéndola en un objeto de distinto uso. Por ejemplo de un trozo de plata se hace un anillo, de las uvas se elabora el vino, etc. Existieron dos soluciones en cuanto a la

determinación del propietario de la nueva cosa, los clásicos Proculyanos le atribuyeron la propiedad al trabajo del especificador, todo lo contrario sucede con la solución que daban los Sabinianos ya que estos consideraron que el objeto nuevo pertenecía al propietario de la materia. El derecho justiniano acoge las dos soluciones.

d) Confusión:

Cuando se mezclan cosas del mismo género, pertenecientes a diferentes dueños, se moldean en una sola masa. Por ejemplo, la mezcla de granos de café, la fusión de plata con oro, la composición de líquidos, etc. Se consideró a los dueños de los objetos mezclados como copropietarios de la masa, en proporción a la fracción de materia que cada uno mezcló.

Si los objetos mezclados eran cómodamente divisibles, cada dueño de las cosas, seguía siendo propietario de su porción.

Realmente la *confusio* presentaba su verdadero carácter, en el caso de la mezcla de monedas. Verbigracia, el que recibía monedas y las mezclaba con las suyas, se constituía en dueño de las mismas.

e) Adquisición del tesoro:

El tesoro aquí no consistía solo en dinero, comprendía toda clase de objetos preciosos. Era imposible determinar quién fue su dueño, porqué escondió el tesoro y lo más importante de este caso es establecer los herederos del mismo. Y no habiendo como demostrar ser el sucesor, se presentó la solución al problema considerando como dueño del tesoro al propietario del fundo donde fue hallado; los bienes vacantes, se le adjudicaban al fisco. El emperador Adriano, resuelve atribuyendo por mitad al descubridor y por mitad al dueño del fundo, la propiedad del tesoro. Si se descubría en un terreno público el dueño era el príncipe. Otro caso podría darse si se encontraba en tierras religiosas, pertenecía al descubridor. El que buscaba sin autorización del propietario, no tenía derecho a nada.

f) Adquisición de frutos:

Los frutos dependen de la cosa que las produce, por lo tanto, pertenecía al propietario de la misma. Sucedió que había personas no dueñas de la cosa fructífera que tenían derecho a los frutos, no precisamente por usufructo, por ser arrendatarios o poseedores del bien.

La propiedad de los frutos se daba por:

* *La separación del fruto y la cosa fructífera:*

Modo de adquisición originario que consistió en que los frutos se le atribuían al poseedor de buena fe.

* *La aprehensión consciente:*

Este modo de adquisición originario de los frutos se le adjudicaba al usufructuario.

* *La Consumptio:*

Modo de adquisición originario que se refería a la consumación, transformación o enajenación de los frutos. Los frutos los adquiría el poseedor de buena fe.

* *Quasi traditio:*

Modo de adquisición derivativa, que consiste en la aprehensión voluntaria de los frutos. Se le atribuía la propiedad al arrendatario.

2.4.2. Modos derivativos de adquirir la propiedad.

Modos de adquisición que provenían de algún antecesor. Entre los modos derivados estuvieron los siguientes:

- *Mancipatio,*
- *In iure cessio,*
- *Traditio,*

- *Adiudicatio*,
- *Usucapio*, y
- *La lex*

a) *La Mancipatio:*

Modo de adquirir la propiedad, que consistía en la compraventa ceremonial, en la que el vendedor entregaba una barra de cobre como especie de moneda la que debía pesarse en una balanza controlada por la autoridad, se hacía en presencia de cinco testigos, ciudadanos romano púberes y de un *portabalanza, libripens*. El comprador expresaba las palabras sacramentales: *aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium, eaque mihi empta esto hoc aere aeneaque libra* y tocaba con la mano la cosa mueble, o el símbolo de la cosa si se trataba de un inmueble, como la llave de una casa, una rama de un árbol; también lanzaba sobre el plato de la balanza el lingote de cobre, como precio efectivo.

Efectos de la emancipación. El efecto normal de la *mancipatio* era el de transferir la propiedad quiritaria del enajenante al adquirente. Eventualmente podía dar nacimiento a dos acciones en provecho del comprador y contra el vendedor; *la actio auctoritatis*, cuando el comprador sufría evicción por un tercero que se hacía reconocer como verdadero propietario; *la actio* de modo *agri* cuando el vendedor había entregado una continencia inferior a la que se había declarado. Estas dos acciones, que eran a lo doble, tenían carácter penal. Sancionaban el delito cometido por el mancipando una cosa que no le pertenecía, o que hacía una declaración de continencia superior a la realidad.²⁶

b) *In iure cessio:*

Es uno de los más antiguos modos civiles de adquirir la propiedad. Consistía en el traspaso de la propiedad ante el pretor, desarrollado en un proceso simulado. El que confesaba en juicio que la cosa le pertenecía al demandante se consideraba como condenado y no era necesario prestar medios de prueba. Ambos se ponían de acuerdo y actuaban como actor y demandado.

²⁶ Foignet, René.Op. Cit. Pag. 102

Enajenante y adquirente iban ante el pretor con la cosa. El adquirente designaba la cosa y decía: “declaro que esa cosa me pertenece”. El enajenante no contradecía esta pretensión y el pretor hacía constar que el adquirente era el propietario.

Comparación con la *mancipatio*.

Diferencias:

Desde el punto de vista de la forma, la *mancipatio* exigía cinco testigos que fueran ciudadanos romanos y un *libripens*, pero no requería la presencia del magistrado. Por lo contrario, la *cessio in jure* se desarrolla ante el pretor, pero no exigía ni testigos ni *libripens*.

Desde el punto de vista de su aplicación, la *mancipatio* no se aplicaba más que a las *res Mancipi*, mientras la *in jure cession* procedía respecto a las *res Mancipi* y a las *res nec Mancipi*.

Semejanzas:

Eran dos modos de adquirir del Derecho civil, implicando el *jus commercii* en la persona de ambas partes.

Eran dos *actus legitimi*, dos actos solemnes, que no admitían la adjunción ni de un plazo ni de una condición.

Eran dos actos que exigían la presencia efectiva de los dos interesados, sin admitirse representación por mandatario. Así, lo hemos visto antes, el tutor no podía ejecutar uno de estos actos por su pupilo, ni aun *infans*. La afirmación del adquirente de que él era propietario, no podía aprovecharle más que a él y la adhesión tácita del enajenante no operaba sino cuando dimanaba del propietario en persona.

Los dos actos exigían la aportación de la cosa para que se procediera a llenar su forma.²⁷

c) Traditio:

Fue un modo de adquisición del derecho de gentes, se refiere al traspaso de la propiedad de una cosa de manera sencilla y

²⁷ Ibidem. Pág. 103

natural. La tradición contaba con tres elementos: 1) un elemento formal: la entrega material de la cosa; 2) el elemento subjetivo: la intención de transferir y adquirir el dominio; y 3) la justa causa o el motivo de las partes de su actuación.

Con respecto al elemento formal, existieron diversos actos de entrega, que se llamaron traditio ficta, ellos fueron:

- *Traditio simbólica:*

En este caso no se transmite la cosa en si, sino un objeto que la simbolice, por ejemplo, las llaves, titulo de propiedad, etc.

- *Traditio longa manu:*

Figura de entrega, en la que se indica de lejos la finca que se va a transmitir.

- *La traditio brevi manu:*

Se daba cuando la persona que adquiriría la propiedad, tenía la cosa desde hace tiempo en su poder aunque no como mero propietario de la misma. Por ejemplo, el caso del arrendamiento, por lo tanto, la entrega de la cosa no era necesaria.

- *Constitutum possessionis:*

El dueño de la cosa que trasladaba su derecho de propiedad, seguía teniendo la cosa, pero ya no como propietario, sino por contrato de arrendamiento, por ejemplo.

Con respecto del elemento subjetivo, los tratadistas sostienen que esa intención de transferir es en el *tradens* y adquirir el dominio en el *accipiens*; otros opinan, que esa voluntad de ambas partes es la de obtener beneficios económicos, una propiedad de hecho y no de derecho.

Los romanos consideraron la justa causa como un elemento, que motiva la transmisión de la propiedad, las causas injustas impedían el traspaso de la propiedad.

d) *Adjudicatio:*

Según el *ius civile*, la *adjudicatio* fue un medio de adquisición de la propiedad, en los conflictos de división de una cosa común. El juez atribuía a cada uno de los copropietarios el dominio de la parte que le correspondía. En los casos cuando la división de la cosa no es posible, la adquisición se hacía a favor de uno de los copropietarios, el cual debía indemnizar al otro u otros copropietarios.

e) *Usucapio*:

Los antecedentes de esta institución, se originan del vínculo que unía entre sí a todos los posteriores adquirentes de una cosa, ese proceso largo y que nadie podía demostrar ser dueño, en este aspecto los juristas medievales indicaban que el medio probatorio del señorío sobre un objeto es una *probatio* diabólica.

Luego surgió la necesidad de determinar un límite de tiempo y mantenerse en posesión de la cosa, al acontecer el término, se adquiría la propiedad.

A la *usucapio* también se le denominó *usus*; el término que se estableció en las XII Tablas era de dos años para las fincas y derechos sobre inmuebles así como de un año para las demás cosas. En los pueblos romanos, se estableció la posesión de diez años entre presentes, esto quería decir: que el dueño y la cosa que era poseída por otra persona estaban en la misma ciudad; y veinte años entre ausentes, esto para los fundos. Luego se incrementó a tres años para los bienes muebles.

Cabe señalar que el derecho justinianeo, denomina a la *usucapio*, como la adquisición de los muebles. En cambio, el nombre de *praescriptio longi temporis*, aludía a la adquisición de los bienes inmuebles.

Modestino define la *usucapio* diciendo: “La usucapión es la agregación al dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la ley”.²⁸

No se consideraban como medios de usucapión las cosas religiosas o sagradas, los esclavos fugados, los objetos hurtados o arrebatados por la fuerza; las cosas robadas, las arrebatadas. Se lograba obtener por usucapión inmuebles hurtados, porque no existía hurto de bienes raíces. No había

²⁸ Antokoletz, Daniel, Op. Cit., Pág. 189

usucapión para cosas no susceptibles de enajenación ni contra los bienes del fisco, exceptuando las cosas vacantes no denunciadas.

En el caso de las personas que padecían de trastorno mental, podían usucapir si promovieron el presente modo de adquisición antes de perder la razón. También los esclavos lo podían hacer sobre bienes de su patrimonio.

El arrendatario y así como el depositario no tenían la disponibilidad de usucapir. De allí, los padres, los hijos, los militares, los pupilos, si tenían el derecho de adquirir la propiedad mediante la usucapión.

Los juristas clásicos, establecieron los siguientes requisitos de la usucapión:

- Justo título.
- Buena fe.
- Cosa susceptible.
- Posesión y
- Tiempo.

Justo título:

Requisito jurídico que importa solo para iniciar la usucapión ya que carece de algún elemento, como la falta del acto de transmisión o del derecho del transmitente, que impide adquirir inmediatamente la propiedad.

Se mencionan algunos tipos de títulos:

- *Pro donato*: cuando se hace una donación sin adquirir anteriormente una concreta obligación.
- *Pro legato*: Se refiere a la adquisición por medio de legado, siendo el testador solamente poseedor de buena fe.
- *Pro dote*: Consiste en la adquisición de bienes entregadas al marido por la esposa u otros.
- *Pro derelicto*: Se transmitía la posesión de una cosa abandonada y que había sido encontrada por un sujeto que se comportaba como su dueño.

- *Pro soluto*: Se adquiría la cosa cuando se haya entregado en cumplimiento de una obligación anteriormente contraída.

Buena fe:

Se refiere a la convicción del usucapiente acerca de la legitimidad de la posesión al obtenerla y por todo el tiempo necesario. El título debía ser demostrado por parte del usucapiente, pero la buena fe se presume.

Cosa susceptible:

También se denominaba *res habilis*. Se determinaron aquellas cosas que no eran objeto de usucapición. En toda la época del derecho romano, no eran susceptibles de *usus* las cosas fuera de comercio; en la época de Justiniano, las cosas del príncipe, del fisco, de los menores de edad; para la ley Atilia y ley Plautia, las cosas ocultas, los muebles objeto de hurto o robo y los inmuebles usurpados.

Posesión:

Consistió en el dominio de hecho que el adquirente realiza sobre la cosa. Es un modo de posesión que se diferencia de las demás con las denominaciones de *possessio ad usucapionem*, o civiles, o *bonae fidei*. La usucapición quedaba interrumpida, en cuanto el tiempo, cuando el propietario legítimo de la cosa, interrumpía la posesión contra el usucapiente. Se interrumpía la usucapición entablado la acción reivindicatoria, pero si el término de la posesión se cumplía entre el establecimiento de la *litis* y el pronunciamiento judicial, el juez le correspondía de igual manera ordenar al usucapiente demandado la restitución. En la época de Justiniano al iniciarse el conflicto se interrumpía la usucapición.

Tiempo:

Consiste en el término necesario para la adquisición de la plena propiedad. Como se señala anteriormente, el período de tiempo que se estableció en las XII Tablas era de dos años para las fincas y derechos sobre inmuebles; de un año para las demás cosas. En los pueblos romanos, se estableció la posesión de diez años entre presentes, esto quería decir que el dueño y la cosa que era poseída por otra persona estaban en la misma ciudad; y veinte años entre ausentes, esto para los fundos. Luego se incrementó a tres años para los bienes muebles.

El derecho justiniano no permite que el usucapiente a título particular, entre vivos o legatario, pueda añadir con el tiempo de la posesión la del transmitente.

La corriente, hecha por Justiniano dividió los modos de adquirir la propiedad en:

Modos de adquirir la propiedad según el derecho civil, estos a su vez se clasificaron en:

Mancipatio,

Cessio in iure,

Usucapio,

Praescriptio,

Adiudicatio y

Lex.

Modos de adquirir la propiedad según el derecho de gentes:

Ocupatio y

Traditio.

Todos estos modos de adquisición expuestos anteriormente.

2.5. Pérdida de la propiedad.

La pérdida de la propiedad se debe principalmente, en los casos en que otra persona los obtenga, ya sea que la adquisición provenga de un antecesor, como los modos derivados de adquirir la propiedad; o como la accesión o la usucapión, como una simple consecuencia. También se pierde por la destrucción como algunos casos de especificación y de mezcla; así también se pierde cuando la cosa se coloca fuera de comercio; cuando la cosa se convierte en sujeto de derecho, esto era el caso de los esclavos liberados.

2.6. Defensa de la propiedad.

Se distingue una diversidad de medios de defensa de la propiedad:

Entre las acciones petitorias están:

La *reivindicatio* como principal medio de defensa contra todo ataque a la propiedad, así como todos aquellos medios que protegían la propiedad provincial y *pretoria*.

También se menciona la *actio finium regundorum*.

Así mismo se señalan otros medios que tenían como fin proteger la propiedad que era agredida por un sujeto que invadía ese derecho de señorío sobre la cosa, aun permaneciendo el propietario en posesión de la misma:

La actio negatoria,

La actio aquae pluvial arcendae,

Cautio damni infecti,

Operis novi nunciatio,

Interdictum quod vi aut clam.

Otros modos de defensa y ataque que tenían como fin el necesario acrecentamiento de la propiedad *fundiaria in alieno*:

Interdicta de arboribus caedendis y de glande legenda.

a) Acciones petitorias:

- *La reivindicatio:*

Esta acción fue la más importante para la defensa del dominio civil o quiritarario. A través de esta acción toda persona que le correspondía el dominio, hacia valer su derecho demandando la restitución de la cosa que le pertenecía.

La *reivindicatio*, paso por tres etapas:

➤ *sacramentum in rem:*

En el derecho antiguo donde se aplicaba el proceso de las acciones de la ley, esta acción se podía ejercer en contra del dueño que al mismo tiempo era poseedor de la cosa, así como contra el que la poseía a nombre de otro; contra el que hubiere dejado de poseer con mala intención.

En el proceso de propiedad primitivo se ejerce la *legis actio sacramenti in rem*, no se diferencia un demandante y un demandado, uno de ellos no posee la cosa pero alega tener derecho sobre la misma y acusaba al poseedor de haberlo

despojado violentamente de la cosa requerida el otro sujeto defiende la posesión alegando que el era dueño de la cosa. Por lo tanto los dos afirman tener la señoría de los bienes. Luego el *iudex* decide implícitamente el problema de la propiedad. Sucede que el que pierde el caso, debía restituir, además de la cosa, los frutos adquiridos durante todo el proceso, más el monto del *sacramentum*. Se garantizaba la cosa a través de una fianza llamada *praedes litis et vindiciarum*.

➤ Proceso *per sponsionem*:

Entre la época de las acciones de la ley y el procedimiento formulario, este proceso se ejerció a la acción de propiedad. Consistía en que el actor y el demandado se prometían mutuamente una cantidad de dinero para el caso de que alguna de las partes demostrara ser dueña de la cosa reivindicada.

➤ El proceso *per formulam petitoriam vel arbitriam*:

En el proceso formulario la *reivindicatio* está establecida en una formula condenatoria, toda la tramitación se desenvuelve ante un solo juez. El demandado es el poseedor, reclama ser propietario aunque no ejerza la posesión sobre el bien, y los medios de prueba corresponden al actor. El demandado debía prestar garantía a través de una caución económica denominada *cautio iudicatum solvi*. El demandado debía restituir, además de la cosa, los frutos adquiridos después de la *litis contestatio*.

En la época clásica la *per formulam petitoriam vel arbitriam*, aparece para accionar en casos de propiedad, desapareciendo la promesa pecuniaria y de indemnización, estableciéndose el litigio del dominio mediante todo medio de prueba. Como se indica anteriormente el adversario debía restituir la cosa objeto del litigio con todos sus frutos percibidos después de la *litis contestatio*, pero podía quedarse con los frutos adquiridos antes de iniciar la *litis contestatio*, si había actuado de buena fe.

La acción reivindicatoria consistió en una acción real que protegía el derecho de propiedad, asimismo, se podía accionar en los asuntos de la patria potestad. No se hacía uso de esta acción para reclamar cosas sagradas o religiosas, ya que estas no correspondían a los particulares.

- Acciones afines a la *reivindicatio* que protegen la propiedad provincial y la propiedad pretoria:

En el caso de la propiedad provincial, en los edictos de los gobernadores se aplicaba rápidamente después de la *reivindicatio*.

La acción para proteger la propiedad pretoria, era ficticia, el *iudex* tenía que proceder como si se hubiera cumplido el término de la usucapión, reconociendo al demandante como mero propietario *dominus ex iure Quiritum*, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de la usucapión.

- *Actio finium regundorum*:

Acción de propiedad que tiene como finalidad confirmar la extensión del derecho. El desarrollo de este juicio se desconoce; lo que se conoce de este proceso es que se planteaba en conexión con aquel límite de cinco pies dejado entre finca y finca. En el derecho clásico, se practicaba esta acción con el fin de determinar si cierta área de terreno le correspondía a alguno de las dos fincas colindantes. El juicio finaliza en una adjudicación declarativa de derechos reconocidos como ya existentes.

b) Medios que tenían como fin proteger la propiedad que era agredida por un sujeto que invadía ese derecho de señorío sobre la cosa, aun permaneciendo el propietario en posesión de la misma:

- *La actio negatoria*:

Medio de defensa empleado en contra de aquellas personas que actuaban como titulares de servidumbre o de usufructo respecto de los derechos pertenecientes a otro sujeto.

- *Actio aquae pluviae arcendae*:

Esta acción tiene como objeto, retirar las aguas provenientes de lluvia, cuando a consecuencia de que las aguas pluviales pasan en los canales de una finca superior, estas se deslizan

con fuerza o en grandes correntadas sobre la finca inferior o al contrario cuando las aguas de la finca inferior rebotan hacia la finca superior y entablándose la acción en contra del propietario del fundo en cuya virtud se hicieron las obras.

- *La cautio damni infecti:*

Mediante una promesa solemne dirigida al pretor, el propietario de un edificio o que ejecuta alguna obra que amenaza peligro para el vecino, queda obligado a resarcirle el daño que proceda, por la demolición o ejecución de la nueva obra para evitarlo.

Luego de la promesa que el propietario dirige al pretor, tiene que prestar garantía mediante una caución económica, y si el daño temido se ocasiona, el afectado podrá aplicar la *actio ex stipulatu* con el objeto de hacer cumplir la promesa de resarcimiento. Y si no se cumple con tal promesa, el lesionado puede accionar mediante una *missio in possessionem*, con ello retiene al dueño y al inmueble que amenaza peligro.

- *Operis novi nunciatio:*

Consiste en llevar acabo una acción extrajudicial, que tiene como propósito impedir que alguien continúe una obra ilícita iniciada sobre su propio fundo. Se le llamaba *nunciatus*, al demandado, este a su vez podía solicitar, la resolución del juez que reconoce la inexistencia de un derecho prohibido y autoriza la continuación de la obra. Si el *nunciatus* no obedecía a la prohibición de proseguir la obra, el demandante denominado *nuncias* puede solicitar al juez un *interdictum demolitorium*. El *nuncias* debía probar el derecho que reclamaba para haber interpuesto la acción si no lo hacía tenía que indemnizar por los daños ocasionados al *nunciatus*.

- *Interdictum quod vi aut clam:*

Esta acción se refiere también a la interrupción o demolición de obras elaboradas ilegalmente sobre el fundo ajeno. Esas obras prohibidas se realizaban de manera oculta, a esto se le llamaba *clam*.

c) Otros modos de defensa y ataque que tenían como fin el necesario acrecentamiento de la propiedad *fundiaría in alieno*:

- *Interdicta de arboribus caedenis:*

Medio de defensa de la propiedad que consiste en reclamar al propietario del árbol que corte las ramas que caen sobre alguna heredad, primeramente el vecino tenía el derecho de hacer justicia por mano propia, entrando a la finca colindante pero si el dueño del árbol se oponía, se procedía a interponer el interdicto.

Otro caso que cabía dentro del presente interdicto, se refería a que los árboles que eran plantados en un edificio superior y crecían sobre el edificio inferior, el dueño del fundo donde había sido sembrado el árbol tenía que cortarlo y si no lo hacía, el vecino damnificado entraba a la finca colindante; si el propietario del árbol se oponía ante esta situación, se interponía el interdicto.

- Interdicto de glande legenda:

Decreto del juez que establecía, que si un árbol crecía sobre la finca vecina a una altura menor de quince pies y sobre la misma caían frutos, el dueño del árbol tenía la facultad de acudir cada tres días a recogerlos.

CAPÍTULO IV

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL DERECHO ROMANO.

1. LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA EN LA ÉPOCA DE LA MONARQUÍA.

En la época de la Monarquía, el Rey ejercía la función de juez supremo, ya que el Estado en ese entonces estaba iniciando. El rey o *rex* puede ser elegido por el antecesor o por el Senado. Pero su delegación debe ser reconocida por una *lex regia* de imperio y aprobada por los dioses. Su cargo era vitalicio.

Los símbolos del rey, en los cuales se nota el dominio etrusco, eran la toga púrpura, la corona de oro, el cetro y la silla curul, ornada de marfil. Contaba en los actos con una protección de doce *lictors*, que llevaban los haces o fascas, esto era una insignia del rey que se componía de un haz de varas sosteniendo una hacha.

En la historia del derecho romano se establece la existencia de siete reyes: Tarquino el Antiguo, Servio Tulio y Tarquino el Soberbio, estos tres de origen etrusco; y Rómulo, Numa Pompilio, Tulio Hostilio y Anco Marcio, de origen latino.

El rey contaba con los siguientes colaboradores:

- *Praefectus urbi*:

Esta tenía a su cargo vigilar y atender los asuntos de la ciudad cuando el rey se ausentaba.

- *Douviri perduellionis*:

Funcionarios a quienes se les designaba los procesos de alta traición.

- *Quaestores parricidii*:

Delegados en los casos de homicidios y en las tareas militares como el *magister populi*, es decir, el jefe del ejército.

- *Tribuni militum*:

Su significado es Tribunos de los soldados. Era un guerrero romano, que tenía a su cargo el mando de un ejército.

- *Tribuni celerum:*

Encargados de ejercer el mando de las caballerías.

2. LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA EN LA ÉPOCA DE LA REPÚBLICA.

La administración de justicia con tribunales y jueces que conocen de conflictos que se daban entre particulares aún no se había establecido sino hasta la República. La constitución política de la Republica se apoya principalmente en el equilibrio de tres órganos, los cuales eran: a) Los magistrados, quienes ejercían el poder; b) el Senado, encargados de mantener la *auctoritas*; y c) los Comicios tenían a su cargo las asambleas del *populus* (pueblo romano).

Con la caída de la monarquía, el rey fue sustituido por dos magistrados nombrados por los Comicios y ratificados por el Senado. Al comienzo se les denominó *praetores*, su terminología viene de *prae*: ante, *ire*: caminar, es decir, el que marcha al frente. Luego la autoridad judicial perteneció a los cónsules.

Para poder acceder a las magistraturas, se tenían que preparar antes de ejercer, lo que se denominó *cursus honorum*, lo que significa “la carrera de los honores”.

Por la cantidad elevada de los problemas, se fueron creando otros magistrados, como: los censores; el pretor urbano; el pretor peregrino, los cuestores, los ediles, las magistraturas extraordinarias, y las magistraturas plebeyas.

- Magistrados ordinarios:

Funcionarios públicos encargados de ejercer una magistratura ordinaria, es decir, aquellas que normalmente forman parte de la constitución republicana para el gobierno de la republica. La magistratura ordinaria era propia de los cuestores, *praetores*, los ediles, los cónsules.

- Los cuestores:

Eran encargados de llevar a cabo las finanzas, eran tesoreros de las provincias, cuidaban el tesoro público, y el pago a los soldados.

- Los pretores:

Los magistrados jurisdiccionales más importantes de ese entonces fueron los pretores, quienes eran considerados como magistrados por excelencia, quienes se ocupaban de la administración de justicia y sustituían al cónsul en su ausencia.

Los pretores se clasificaron a su vez en:

- a) Pretores urbanos o *praetor urbanus*:

Les correspondía ejercer jurisdicción entre ciudadanos.

- b) Pretores peregrinos o *praetor peregrinus*:

Ha estos se les asignaba la jurisdicción entre extranjeros o entre extranjeros o ciudadanos.

Conforme iba pasando el tiempo y al mismo tiempo evolucionando el derecho romano, aumentaba el número de pretores y ya para el siglo II había dieciocho pretores, a quienes se les designaba determinada competencia.

- Los ediles:

Se establecieron los ediles, estos se caracterizan por sus funciones administrativas, entre ellos están:

Ediles curules:

Tenían el privilegio de usar la silla jurisdiccional o curul. Fueron creados en el año 367 a.C. durante la República y jerárquicamente se ubican entre los Cuestores y los Pretores. Eran los policías de la ciudad, cuidando el orden y seguridad de Roma, los edificios públicos y el tránsito en las calles. Debían supervisar el abasto de comida y agua, vigilar pesos y medidas y organizar los juegos públicos. Se encargaban de los mercados y resolvían las controversias que se suscitaban por la celebración de compraventa de animales y esclavos.

Ediles plebeyos:

Asistían al Tribuno de la Plebe y eran elegidos por los plebeyos, desempeñaron muchas de las atribuciones que tuvieron los Ediles Curules antes que estos fueran creados. Al igual que los Tribunos de la Plebe se consideraba que su integridad física era inviolable.²⁹

Ediles cereales:

Funcionarios administrativos a quienes se les delegaba la función de la vigilancia del trigo y de las distribuciones que se hacían al pueblo.

- *Los censores:*

Ejecutaban una magistratura de carácter ejecutiva y se encargaban de llevar acabo el censo, iban contando a cada ciudadano, este trabajo lo debían realizar en dieciocho meses. Mientras durara su ejercicio de cinco años cuidaban de las costumbres, pudiendo sancionar a los transgresores.

- *Los cónsules:*

Encargados de la magistratura ejecutiva, ya que convocaban y presidían el Senado y los comicios curiados y centuriados, proceden al reclutamiento de soldados y conducen los ejércitos.

- *Magistrados urbanos:*

Eran aquellos que tenían el deber de mantenerse y asistir aquellos asuntos de la ciudad, tal es el caso de los ediles curules y ediles plebeyos.

- *Magistraturas extraordinarias:*

Designados para necesidades excepcionales en la Republica. Entre estos figuraban: el dictador y el *magíster equitum*. El primero de los anteriores, era electo por uno de los cónsules cuando el Senado disponía que se estaba ante un grave peligro. Duraba seis meses y tenía plenos poderes.

²⁹ Morineau Iduarte, Marta, Op. Cit., Pág. 38

- *Magistraturas plebeyas:*

El requisito para poder acceder a tal magistratura era ser plebeyo, eran elegidos cada año. Se encargaban de defender los intereses populares y estaban auxiliados por dos ediles.

- *Magíster equitum:*

Funcionario al que se le designaba el cargo de jefe de la caballería y ejercía como adjunto del dictador.

Los magistrados gozaban de las siguientes características:

a) La función de magistrado era gratuita:

El ejercicio de la magistratura era un honor.

b) Las magistraturas eran colegiadas:

Significa que estaban a cargo de dos o más magistrados, por lo tanto cada uno de los cuales tenía un poder igual al de su o sus colegas.

c) Respondían por sus actos:

Los magistrados respondían por sus actos y podían ser llevados ante los comicios que los eligieron. Estaban favorecidos por su inviolabilidad, los censores, los tribunos y los ediles plebeyos. Los que no estaban protegidos por la inviolabilidad eran, los ediles curules y los cuestores.

d) Lo electivo era propio de los magistrados:

Estos cargos debían ser admitidos por los comicios. Los magistrados mayores como, censores, cónsules y pretores, eran seleccionados en los comicios centuriados y los magistrados menores como, los ediles curules y cuestores eran elegidos en los comicios tribados.

e) El poder de mando:

Una de las características más importantes, comprende el poder de que gozaban los magistrados. Por regla general todos los magistrados tenían la facultad de ordenar desde el punto de vista administrativo. La excepción era el poder de mando político que solo lo tenían los cónsules y pretores.

Facultades de los magistrados:

Entre las atribuciones de los magistrados, están las siguientes clases:

a) *La jurisdictio*:

El termino *jurisdictio* proviene de las palabras *jus dicere*, que significa decir el derecho, alude a la aplicación o al aporte del derecho. Los magistrados judiciales publican edictos que contenían normas aplicables a todos los ciudadanos.

De manera especial, la *jurisdictio* consiste en la facultad que tenía el magistrado de coordinar la instancia y de remitir las partes delante de un juez, o de resolver el mismo el asunto; derecho que no ejerce bajo el procedimiento de las acciones de la ley, ni bajo el procedimiento formulario, solamente en casos excepcionales. También se le atribuía la autoridad de dar solemnidad a los actos jurídicos cuyas formas derivan de las acciones de la ley.

Se estableció la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria. El magistrado tenía la facultad de hacer un único acto de jurisdicción contenciosa en el límite territorial de su competencia y en su Tribunal; tenía la autorización de conocer de todos los asuntos de jurisdicción voluntaria en todos los lugares. El magistrado no podía conocer de los asuntos de jurisdicción contenciosa, ni para el ni para sus familiares como su esposa e hijos y esclavos. En los actos de jurisdicción voluntaria podía liberar el mismo a su hijo y también a su esclavo.

b) Atribuciones que se derivan de una ley, de un senadoconsulto o de una constitución:

Como atribuciones especiales de los magistrados que se originaban de una ley estaban por ejemplo, nombrar a los tutores, autorizar la compraventa de un bien inmueble rustico perteneciente a un menor de edad.

c) *El imperium merum:*

Era la facultad encargada al magistrado de administrar y de proporcionar seguridad que comprendía el derecho de sancionar con castigos corporales.

- *El imperium mixtum:*

Se denominó así porque va ligado a la jurisdicción. En sentido general esta atribución se refiere al poder que el magistrado tiene y que va ligado a la *jurisdictio*. Esa facultad solo correspondía a los magistrados superiores, como los pretores. En sentido particular es una atribución indispensable a la jurisdicción.

Durante la República y el Principado, es decir, en la época del procedimiento de las acciones de la ley y el procedimiento formulario el proceso estuvo dividido en dos fases: a) *in iure*, se entablaba ante el magistrado quien era encargado de conferir o rechazar la acción, fijar las estipulaciones del proceso. Regula la marcha general de la instancia y simplifica el objeto de los debates, mas tarde, traslada el caso al juez; y b) la fase llamada *apud iudicem*, en esta etapa el magistrado atribuía al juez la facultad de examinar los hechos y dictar la sentencia, ya que el magistrado juzgaba únicamente en casos especiales.

En este período los jueces no eran funcionarios públicos sino ciudadanos particulares. Podía haber un juez único, que usualmente era escogido por las partes o bien sorteado de una lista o designado por el magistrado.

En el Derecho Romano el juez se denominó *iudex*. Bajo el procedimiento del *ordo iudiciorum privatorum* (procedimiento de las *legis actiones* y *per formulam*) se designa como juez a un simple particular elegido por las partes en la fase *in iure* del proceso, bien de común acuerdo, bien eligiendo su nombre entre los que integran una lista confeccionada al efecto –

album iudicium- de senadores, de senadores y caballeros, de patricios, senadores y caballeros y *tribuna aerañ*, o solamente de algunos de ellos, según las fluctuaciones políticas, o dejando su designación a la suerte, insaculándolo ante el magistrado, y que era el encargado de conocer y decidir de un proceso determinado en la fase *apud iudicem* del litigio. Bajo el procedimiento extraordinario, es juez el funcionario imperial con jurisdicción y competencia adecuada ante quien las partes plantean su litigio, y conoce desde su iniciación hasta la sentencia en primera instancia o en apelación, actuando en virtud de su competencia o por delegación de un funcionario superior.³⁰

Durante el sistema del procedimiento de las acciones de la ley y el procedimiento *per formulam*, se distinguieron dos clases de jueces:

a) Los jueces designados para cada asunto. Entre estos estaban:

- *El iudex:*

Generalmente se empleaba el término *iudex* para denominar al juez o al árbitro. Lo que diferencia al juez propiamente dicho del árbitro, era el hecho de que nunca había más de un juez para un asunto.

- *El arbitrer.*

A diferencia del juez, se nombraban uno o más árbitros. Se encargaban de llevar acabo los asuntos que era necesario apreciar según la buena fe, y donde era indispensable tener poderes más amplios.

En un principio los jueces y árbitros eran electos por las partes para conocer del asunto que a ellas les interesa y el magistrado autorizaba esa elección, dándole al juez la facultad de juzgar. Luego los jueces y los árbitros eran electos para cada proceso por el pretor. Terminando la época de la Republica fueron seleccionados únicamente por los senadores. Uno de los requisitos importantes para calificar a juez era tener veinte años, ya que era una función publica

³⁰ Alviz Gutiérrez y Faustino Armario, Diccionario de Derecho Romano, Madrid, España, cuarta edición, 1995. Pág. 319

la que se debía ejercer, y no podía excusarse sin causa legítima.

- *Los recuperatores:*

Fueron encargados para juzgar los casos que se originaban entre ciudadanos romanos y extranjeros. En los primeros tiempos, el acuerdo de los problemas que se manifestaban entre ciudadanos romanos y extranjeros que eran ciudadanos de naciones, con las cuales Roma había pactado, regularmente era objeto de convenios especiales. La organización judicial en este sentido se ejecutaba, mitad de los *recuperatores* entre los ciudadanos romanos y mitad entre los peregrinos.

b) Jueces permanentes, estos se clasifican en:

- *Decenviros:*

No se tiene claro si los decenviros eran jueces o magistrados. Algunos juristas establecen que se encargaban de juzgar los asuntos relativos a la libertad y al derecho de ciudadanía. Otros dicen que presidían el Tribunal de los centunviros.

- *Centunviros:*

Se tiene conocimiento que se organizaban de miembros electos por las treinta y cinco tribus, cada una de ellas nombraba tres. Durante el Imperio estaban divididos en cuatro secciones denominadas *hasta*, porque tenían por insignia la lanza, símbolo de la propiedad quiritaria. Se les encomendó la dirección, y luego fueron dirigidos por un pretor.

La organización judicial en el periodo del procedimiento extraordinario, los magistrados tomaban decisiones ellos mismos, por lo tanto, dejaban de existir los jueces privados, aunque los magistrados podían encargarse de algunos asuntos de menor impacto y delegar el juzgamiento a los *judices pedanei*. Luego esos

jueces figuraron como magistrados de orden menor.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS ACCIONES REALES DE DEFENSA DE LA PROPIEDAD EN ROMA Y EN EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO

1. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA:

El ejercicio de las acciones de defensa de la propiedad en Roma varia debido a que el procedimiento civil romano, atraviesa por tres épocas, la época de las *actiones* o acciones de la ley, la época del procedimiento *per formulas* o procedimiento formulario y la época del procedimiento *extra ordinem, cognitio extra ordinem o extraordinaria cognitio*. El procedimiento de las *legis actiones* se componía de dos instancias: *in iure e in iudicium*, la primera instancia era cuando se presentaba el asunto de común acuerdo ante un magistrado y luego el asunto pasaba al juez o árbitro. La doble instancia subsistió bajo el sistema formulario y, cuando llegó la época del procedimiento *extra ordinem*, la segunda instancia se transformó en apelación. La *legis actio sacramentum*, fue la única forma de intentar una acción y se aplica a toda clase de derechos; derechos reales y derechos de crédito.

SACRAMENTUM IN REM. Supongamos una acción reivindicatoria; es decir, una acción por la cual el demandante quiere hacer que se le reconozca su derecho de propiedad sobre una cosa determinada. He aquí cómo se desarrollaba el procedimiento ante el pretor:

1. El actor, teniendo en la mano una vagueta, *festuca*, asía el objeto reivindicado y decía “declaro que esta cosa me pertenece y que por eso es por lo que le aplico la vagueta.”

El demandado hacía otro tanto por su parte. Asía el objeto como para apoderarse de él y pronunciaba las mismas palabras. Esto era lo que se llamaba la *reivindicatio*, seguida de la *contra vindicatio* del demandado y de un combate simulado, *consertio manuum*.

2. El pretor ponía fin a ese simulacro de combate, diciendo: *mittie ambo hanc rem*; dejadme ese objeto.
3. El actor provocaba al demandado al sacramentum; es decir, a la apuesta: “Te provoqué una apuesta de 500 piezas de bronce a que no reivindicas a fuerza el objeto del litigio”. El demandado respondía: “Otro tanto hago contigo”.
4. El magistrado atribuía a uno de los litigantes la posesión del objeto reivindicado durante la instancia. Al que se le atribuía debía dar una

responsiva para garantizar la restitución de la cosa y de los frutos que hubiera podido producir durante el juicio: *paredes litis et vindicarum*.

5. Por último, el magistrado designaba al juez. Este nombramiento se hacía inmediatamente en el Derecho primitivo. Pero la ley Pinaria obligó a las partes a suspender el procedimiento y a volver a comparecer ante el magistrado dentro de treinta días, para hacer esa designación.
6. Nombrado el juez, se citaban recíprocamente las partes para comparecer ante él dentro de los tres días siguientes; *comperendinatio*.

Litis Contestatio. Se llama así al último momento del procedimiento ante el magistrado. Recibía este nombre porque las partes se dirigían, en ese momento, a las personas presentes en el tribunal del pretor, diciéndoles: *Testes estote litis, sed testigos del juicio*, para ir atestiguar ante el juez.

Procedimiento ante el juez. Era ante el juez adonde las partes suministraban las pruebas de sus respectivas pretensiones y los abogados alegaban sobre el fondo del negocio. Pero, cosa curiosa, el juez no transaba directamente el juicio. Se limitaba a declarar cuál de las dos partes había ganado la apuesta. *Utriusque justum sit sacramentum*. Por esto es por lo que, frecuentemente, se designa este procedimiento con el nombre de procedimiento por apuesta.³¹

En el Derecho Romano el medio de defensa judicial de la propiedad más importante era la acción reivindicatoria, ya que es la confirmación del derecho de dominio sobre una cosa. Su ejercicio beneficia al propietario que ha sido privado de la posesión de la cosa, por lo tanto puede accionar contra todo aquel que le prive de su derecho de propiedad obteniendo con ello la restitución de la cosa que le ha sido quitada.

Es característico del sistema de las *legis actiones* el formalismo del procedimiento, el solo mal empleo de una palabra exponía a los litigantes a perder el juicio. Con el desaparecimiento de las *legis actiones* se dio paso al periodo del procedimiento formulario, el cual se caracterizaba por el empleo de una fórmula escrita, la cual era redactada por el pretor y que servía de base a los debates ante el juez. Aquí el procedimiento se desarrollaba de la misma manera que el de las *legis actiones* en dos fases: *in jure* e *in iudicio*. Pero lo que caracterizó al sistema formulario fue que los litigantes no se sometían a ningún tipo de formalismo ya sea en cuanto a las palabras o gestos.

En la época del procedimiento extraordinario, en este sistema desapareció el juez; el procedimiento se desarrolló, ante el magistrado.

³¹ Foignet, Rene. Op. Cit. Pág. 249 y 250

Marcha general del procedimiento extraordinario:

1. Ya no hubo juez privado. Dentro del procedimiento extraordinario no hubo ya remisión del negocio a un juez privado. El juicio comenzaba y terminaba ante el magistrado. Sin embargo, podía confiar el magistrado sus facultades a un delegado, que los textos llaman *judex datus* o *judex pedaneus*. Pero no era un jurado como el *judex privatus* de antes; era un funcionario que estatuía, como el magistrado mismo, *extra ordinem*.
2. Ya no hubo formula. No hubo ya fórmula. Se comprende esto. Ya no se hizo sentir su necesidad, puesto que las partes exponían sus pretensiones ante el magistrado y él mismo estatuía acerca del negocio.
3. *Litis contestatio*. La *litis contestatio* seguía existiendo, aunque en forma menos aparente que antes. Se producía en el momento en que las partes proponían sus conclusiones ante el magistrado. Actualmente se dice que el negocio guarda estado.

La *litis contestatio* producía los mismos efectos que precedentemente. Sin embargo, Justiniano suprimió su efecto extintivo.

4. Condena. La condena afectaba la cosa misma reclamada. Ya no era necesariamente pecuniaria.³²

En el derecho guatemalteco, el procedimiento que se desarrolla para ejercer la acción reivindicatoria establecida en el artículo cuatrocientos sesenta y nueve del Código Civil es la vía ordinaria establecida en el artículo noventa y seis del Código Procesal Civil y Mercantil el cual señala que las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en este Código, se ventilarán en juicio ordinario.

En nuestro derecho actual la vía para ejercer la acción reivindicatoria es mas sencilla comparada con el procedimiento civil romano ya que nosotros iniciamos el juicio con la demanda y finalizamos, normalmente con la sentencia. El sistema romano primitivo como se señala anteriormente era demasiado formalista y por ende riguroso, se enfocaba sobre todo en el rito y la solemnidad. Asimismo el procedimiento de las *legis actiones* se desarrollaba en dos fases: una ante el magistrado y otra ante el juez. Otra de las complicaciones que se presentaban era que el actuar del magistrado, no le permitía adaptar el Derecho a las necesidades de la práctica. Las formulas estaban rigurosamente establecidas por la costumbre o por la ley lo cual no podía variar en nada y el mas leve error acarrearba la pérdida del juicio.

³² Ibidem. Pág. 253

En el procedimiento formulario se emplea una fórmula escrita y se desarrolla siempre en dos fases, como bajo las *legis actiones*: *in jure* e *in iudicio*. La evolución que se tuvo en esta época fue importante ya que el ejercicio del pretor progresó en cuanto a las ideas de equidad y de humanidad. Además el procedimiento formulario se aplicó a los peregrinos lo cual era inaplicable en el anterior sistema. La fórmula era un escrito previamente establecido el cual designaba el magistrado a un juez, la pretensión del actor, los medios de defensa del demandado y le otorgaba la facultad de condenar o de absolver al demandado, según la decisión que se formara con el juicio. En la primera fase *in jure* se desarrollaba ante el magistrado libre de todo formalismo, el demandante exponía sus pretensiones, el demandado podía solicitar al magistrado que se rehusara a entregar al demandado cualquier fórmula, también podía solicitar que se insertara una determinada excepción en su favor.

Luego el pretor entregaba la fórmula al demandante y éste se la entregaba al demandado quien la aceptaba. La aceptación de la fórmula por parte del demandado era indispensable sin ella no se podía seguir el juicio. El demandado era *indefensus* cuando faltaba o cuando rehusaba aceptar la fórmula. El demandado tenía un medio para escapar a toda demanda. Para evitar esto el magistrado acordó al demandante ponerlo en posesión de los bienes del demandado. De esta manera se evitó que el demandado se pusiera en el caso del *indefensus*.

La *litis contestatio*, de la misma manera que en el procedimiento de las acciones de la ley, era el último momento de la fase *in jure*. En ese instante el demandado aceptaba la fórmula, redactada por el pretor, que le ofrecía el actor. En la fase *in iudicio* se desarrollaban los debates aquí el demandante presentaba las pruebas de su pretensión y el demandado las de su defensa. Los abogados de las dos partes alegaban. Terminaba el juicio pronunciándose la sentencia, que condenaba o absolvía al demandado. Al igual que el Derecho guatemalteco, la sentencia tenía los mismos efectos que hoy, autoridad de cosa juzgada. Luego el desarrollo del procedimiento civil fue evolucionando ya que en el periodo del procedimiento extraordinario desapareció el juez y el procedimiento se desarrolló ante el magistrado.

El Derecho ha ido evolucionando constantemente gracias a los aportes de los grandes doctos jurídicos y debido a eso nuestro Derecho guatemalteco establece un procedimiento civil como el juicio ordinario para entablar la acción reivindicatoria conforme al principio de celeridad, lo cual permite que el proceso se desarrolle de una manera rápida evitando el alargamiento de los plazos y los tramites innecesarios, así como lo establece el artículo sesenta y cuatro del Código Procesal Civil y Mercantil el cual señala que los plazos y términos señalados en este Código a las partes para realizar los actos procesales, son perentorios e improrrogables, salvo disposición legal en contrario. Vencido un plazo o término procesal, se dictará la resolución que corresponda al estado del juicio, sin necesidad de gestión alguna.

Nuestro procedimiento civil ordinario se desarrolla ante un solo juez y cuando se ejercitan acciones reales sobre bienes inmuebles, le compete el conocimiento del asunto al juez del lugar donde estén situados los bienes.

Algunas de acciones que se ejercían en el Derecho romano, siguen teniendo presencia en el Derecho guatemalteco. Dentro de las acciones reales que son aquellas que sancionan un derecho real ubicamos la más importante que es la acción reivindicatoria regulada en el artículo cuatrocientos sesenta y nueve de nuestro Código Civil.

En el Derecho romano la acción reivindicatoria, *rei vindicatio*, es una acción por la cual una persona, que pretendía ser propietario quiritarario de una cosa determinada, hacia que se reconociera judicialmente su derecho, en contra de quien la tuviera en posesión.³³

En el Derecho guatemalteco la propiedad privada es una garantía constitucional inherente al ser humano y que el Estado esta obligado a proteger, tal como lo establece el artículo treinta y nueve (39) de la Constitución Política de la Republica de Guatemala: “Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.”

En el sentido constitucional el derecho de propiedad recae sobre todos los bienes materiales e inmateriales que corresponden al patrimonio de una persona. El ejercicio de la acción reivindicatoria para el derecho romano recaía sobre aquellas cosas susceptibles de propiedad privada, muebles o inmuebles, teniendo en cuenta que la propiedad es un derecho real por excelencia, ese poder o esa facultad plena que todo ser humano puede llegar a tener sobre una cosa.

Para los romanos la propiedad era el señorío pleno sobre el bien, la denominación señorío deviene de la persona como señor. Significa que al propietario se le confieren los poderes más amplios sobre los bienes. No significa que esa plenitud, como la de poseer la cosa, disfrutar de los frutos, enajenarla, gravarla, etc. pueda estar limitada legalmente, ya que al propietario por ejemplo se le puede prohibir conforme a la ley enajenar el bien o disfrutar de los frutos de la cosa, pero en este caso sigue siendo propietario, solamente que con algunas limitantes.

El Código Civil, regula en el artículo cuatrocientos sesenta y cuatro la propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes.

³³ Ibidem. Pág. 271

En el Derecho romano, el medio de defensa legal del dominio civil o quiritarario era la acción reivindicatoria. Esta acción tenía como propósito reclamar la restitución de la cosa de su propiedad, cuando era poseída ilícitamente por otro sujeto que no tenía el poder sobre la res.

Según el artículo cuatrocientos sesenta y ocho del Código Civil el propietario tiene derecho de defender su propiedad por los medios legales y de no ser perturbado en ella, si antes no ha sido citado, oído y vencido en juicio.

Como se menciona anteriormente el medio legal del que disponían los romanos para proteger judicialmente su propiedad era mediante la acción reivindicatoria. En los tres sistemas de procedimientos judiciales que existieron la interposición de este medio de defensa fue variando.

Así en el derecho antiguo, donde se aplicaba el proceso de las acciones de la ley, esta acción se podía ejercer en contra del dueño que al mismo tiempo era poseedor de la cosa, así como contra el que la poseía a nombre de otro; contra el que hubiere dejado de poseer con mala intención.

En el proceso de propiedad primitivo se ejerce la *legis actio sacramenti in rem*, en la cual no se diferencia un demandante y un demandado, uno de ellos no posee la cosa pero alega tener derecho sobre la misma y acusaba al poseedor de haberlo despojado violentamente de la cosa requerida el otro sujeto defiende la posesión alegando que el era dueño de la cosa. Por lo tanto los dos afirman tener la señoría de los bienes. Luego el *iudex* decide implícitamente el problema de la propiedad. Sucede que el que pierde el caso, debía restituir, además de la cosa, los frutos adquiridos durante todo el proceso, más el monto del *sacramentum*. Se garantizaba la cosa a través de una fianza llamada *praedes litis et vindiciarum*.

En el proceso formulario la *reivindicatio* está establecida en una fórmula condenatoria, toda la tramitación se desenvuelve ante un solo juez. El demandado es el poseedor, reclama ser propietario aunque no ejerza la posesión sobre el bien, y los medios de prueba corresponden al actor. El demandado debía prestar garantía a través de una caución económica denominada *cautio iudicatum solvi*. El demandado debía restituir, además de la cosa, los frutos adquiridos después de la *litis contestatio*.

En la época clásica la *per formulam petitoriam vel arbitrariam*, aparece para accionar en casos de propiedad, desapareciendo la promesa pecuniaria y de indemnización, estableciéndose el litigio del dominio mediante todo medio de prueba. Como se indica anteriormente el adversario debía restituir la cosa objeto del litigio con todos sus frutos percibidos después de la *litis contestatio*, pero podía quedarse con los frutos adquiridos antes de iniciar la *litis contestatio*, si había actuado de buena fe.

La acción reivindicatoria consistió en una acción real que protegía el derecho de propiedad, asimismo, se podía accionar en los asuntos de la patria potestad. No se hacía uso de esta acción para reclamar cosas sagradas o religiosas, ya que estas no correspondían a los particulares. En el derecho guatemalteco el medio de defensa legal de que dispone todo propietario sobre sus bienes es la acción reivindicatoria.

Según lo regulado por el artículo cuatrocientos sesenta y nueve (469) del Código Civil el propietario de una cosa tiene el derecho de reivindicarla de cualquier poseedor o detentador.

En el derecho clásico romano el demandante de esta acción es quien cree tener la propiedad civil o quiritaria, la que se denominaba *dominus ex iure quiritum*. En el derecho justiniano se considero simplemente propietario, ya que se borro toda diferencia entre la propiedad civil y la propiedad *bonitario* o *pretoriana* y que se ve privado de la posesión de la cosa.

La acción reivindicatoria se ejercía contra aquel que posee. En el derecho justiniano no importa tanto que sea un verdadero poseedor o simplemente un detentador. También contra aquel que hubiese dejado de poseer por dolo, haciendo pasar la cosa a manos de un tercero. Contra el poseedor ficticio, este era aquel que no poseyendo, se hacía pasar falsamente como poseedor, asumiendo el papel de demandado. En el derecho guatemalteco el actor es el propietario del bien quien tiene derecho de defender su propiedad. El demandante ejerce la acción reivindicatoria contra cualquier poseedor o detentador.

La prueba era presentada por los romanos en el antiguo procedimiento de las acciones de la ley, por el demandante y el demandado quienes debían ofrecer las pruebas del derecho que se discutía. Mas tarde, solo le correspondía al actor demostrar su dominio sobre la cosa. Así también debía probar que había obtenido la cosa de una persona que era legítimo propietario, lo cual implica que esta persona la había adquirido ella misma del propietario. La prueba complicada la denominaron *probatio diabólica*. Era cuando el demandante no había obtenido su derecho de un modo originario, ya que tenía que demostrar, que era el dueño, también demostrar que la persona que le transmitió el bien era propietario y así sucesivamente hasta llegar a la persona que la hubiera adquirido de un modo originario. La usucapión favoreció al demandante en ese sentido ya que le era suficiente demostrar que había poseído la cosa, mediante el justo título, durante el tiempo necesario para usucapirla.

En el derecho romano la acción reivindicatoria se desarrollaba en el procedimiento de las acciones de la ley adaptándose a las formas de la *legis actio sacramento in rem*. En el procedimiento *per formula* o formulario, la acción reivindicatoria se desarrollaba mediante la fórmula petitoria con cláusula arbitraria.

Entre los efectos que el derecho romano determina en relación de la acción reivindicatoria están en primer lugar el declarar de que parte esta el derecho de propiedad; y en segundo lugar la restitución de la cosa.

Estas restituciones implicaban lo siguiente:

- a) La devolución de la cosa reclamada con todos sus frutos y acciones, lo que se denomina *cum sua causa*.
- b) De los detrimentos sufridos por la cosa antes de la *litis contestatio*. Durante el derecho clásico, el poseedor de buena fe conserva todos los frutos que haya hecho suyos. En el derecho justiniano se beneficiaba de los frutos que había consumido, restituyendo los que guardara. El poseedor de mala fe, responde por todos los frutos que haya adquirido, consumidos o no consumidos.
- c) Los gastos que el poseedor hubiese hecho por la cosa reivindicada. Por ejemplo los gastos para la conservación de la cosa, gastos que incrementan su valor, o gastos que se hacían por mera innovación. El valor de las restituciones puede reducirse en razón de los gastos que el poseedor hubiese hecho por la cosa reivindicada. El poseedor tenía derecho a la reducción de los gastos. En el derecho clásico, esto solo favorecía a los poseedores de buena fe y la vía procesal para obtener las indemnizaciones era únicamente la excepción de dolo, que justificaba la conservación de la cosa mientras la indemnización no se efectuara. El poseedor contaba con la vía procesal para reclamar teniendo en su poder la cosa y si la perdía, no podía reclamar. En el período del derecho justiniano se elaboran las siguientes reformas: Se favorece a los poseedores de mala fe con el derecho a indemnización; aunque se hubiera perdido la posesión se podía reclamar; se les otorga a los poseedores de buena o mala fe el derecho de reclamar los gastos y mejoras que hubiera hecho sobre la cosa, a la que también se llama *impensas* o *impensae*.

En nuestro derecho la buena fe del poseedor consiste según el artículo seiscientos veintidós del Código Civil en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio.

Según el artículo seiscientos veinticuatro (624) del Código Civil el poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio goza de los derechos siguientes:

1. Hacer suyos los frutos percibidos, mientras su buena fe no sea interrumpida.
2. De que se le abonen todos los gastos necesarios y útiles, teniendo derecho de

retener la cosa poseída hasta que se haga el pago.

3. Retirar las mejoras voluntarias, si no se causa daño en el bien mejorado, o reparando el que se cause al retirarlas.
4. Que se le abonen los gastos hechos por el para la producción de frutos naturales y civiles que no haga suyos por estar pendientes al tiempo de interrumpirse la posesión, teniendo derecho al interés legal sobre el importe de esos gastos desde el día en que los haya hecho.
5. No ser desposeído de la cosa, si antes no ha sido citado, oído y vencido en juicio.
6. Ser preferido a cualquier otro que la pida con igual derecho, excepto el caso en que deba darse posesión indivisa.
7. Servirse de la posesión como medio para adquirir el dominio por prescripción.
8. Ser considerado dueño de los muebles que posee.

Con respecto al poseedor de mala fe el Código Civil señala en su artículo seiscientos veintiocho que el poseedor de mala fe es el que entra a la posesión sin título alguno para poseer y también el que conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho.

El artículo seiscientos veintinueve (629) de nuestro Código Civil indica:

“El poseedor de mala fe está obligado a la devolución del bien que ha poseído y de sus frutos, o el valor de estos estimado al tiempo que los percibió o los debió percibir; y a responder de la pérdida o deterioro de la cosa, sobrevinidos por su culpa o por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que pruebe que tal pérdida o deterioro se habría causado aunque la posesión la hubiere tenido el propietario.”

En relación a los gastos que el poseedor de buena fe hizo sobre el bien, según el derecho guatemalteco el artículo seiscientos veintiséis del Código Civil, estatuye que el poseedor debe justificar el importe de los gastos a que tenga derecho; y cuando hubiere percibido frutos que legalmente no le correspondieren, hará lugar a la compensación de valores.

Se consideran gastos necesarios según el artículo seiscientos veintisiete (627) del Código Civil aquellos que están prescritos por la ley y aquellos sin los cuales la cosa se pierde o desmejora. Gastos útiles, los que sin ser necesarios aumentan el precio o producto de la cosa; y voluntarios, los que sirven solo al ornato de la cosa, o al placer o comodidad del poseedor.

En el derecho romano, aquellos gastos que sin los cuales la cosa se pierde o desmejora se denominaron: *impensae necessarie*; los gastos útiles, los que sin ser necesarios aumentan el precio o producto de la cosa, se llamaron *impensae utiles* y los gastos voluntarios, que sirven solo al ornato de la cosa, o al placer o comodidad del poseedor, se denominaron *impensae voluptuariae*.

En el caso del derecho guatemalteco todo daño o perjuicio que se ocasione a otra persona debe indemnizarse, así como lo regula el artículo mil seiscientos cuarenta y cinco (1,645) del Código Civil toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, esta obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

El artículo mil seiscientos setenta y tres (673) del Código Civil, establece:

“La acción para pedir la reparación de los daños o perjuicios a que se refiere este título, prescribe en un año, contado desde el día en que el daño se causo, o en que el ofendido tuvo conocimiento del daño o perjuicio, así como de quien lo produjo.”

A continuación se señalan algunas acciones que se ejercían en Roma y que actualmente nuestro Derecho las aplica:

El ejercicio de la acción de dolo en Roma se concedía contra el autor del dolo y durante un año útil. El artículo mil doscientos cincuenta y siete establece que es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandarla la parte que hubiere causado el vicio. También se aplicó la *acción metus causa*, que podía ejercitarse no solamente contra el autor de la violencia, sino también contra toda persona que se había aprovechado de dicha circunstancia aún de buena fe.

La acción de *eo quod certo loco*, esta acción la ejercía el acreedor cuando el deudor no le pagaba en el lugar convenido. Así también el Derecho guatemalteco lo regula en el artículo mil trescientos noventa y ocho el cual establece que el pago se hará en el lugar designado en el contrato.

La acción *cuasi-serviana* e hipotecaria, es la sanción del derecho real de hipoteca, y es dada al acreedor hipotecario que no haya sido pagado al vencimiento para reclamar la cosa hipotecada, en cualquier mano que se encuentre, y forzar al poseedor a entregarla, sino prefiere pagar la deuda. De acuerdo a lo establecido por el artículo ochocientos veinticuatro del Código Civil la

constitución de la hipoteca da derecho al acreedor para promover la venta judicial del bien gravado cuando la obligación sea exigible y no se cumpla.

Otra de las acciones que figura tanto en el Derecho romano como en el guatemalteco, es la *acción pauliana*. Esta acción se daba a los acreedores para hacer rescindir los actos que hubiese realizado fraudulentamente el deudor en su perjuicio. En el Derecho guatemalteco la acción pauliana también denominada como revocatoria está regulada en el artículo mil doscientos noventa el cual establece que todo acreedor puede pedir la revocación de los negocios celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos.

Solo los acreedores cuyos créditos sean anteriores al negocio impugnado, pueden ejercitar la acción revocatoria.

En cuanto a las acciones personales las cuales consisten en sancionar un derecho personal eran reguladas por el Derecho romano así mismo las regula el Derecho guatemalteco, por ejemplo la acción redhibitoria, por medio de la cual se exigía la responsabilidad del vendedor que entregó una cosa defectuosa también la establece nuestro Código Civil en el artículo mil quinientos sesenta y uno el cual señala que por los vicios ocultos de la cosa tiene el adquirente derecho de ejercitar, a su elección, la acción redhibitoria para que se rescinda el contrato, o la acción estimatoria para que se le devuelva del precio lo que la cosa vale menos.

2. ACCIONES REIPERSECUTORIAS, PENALES Y MIXTAS.

Esta clasificación consiste en el objeto de las acciones, según el propósito que quiera lograr el demandante al ejecutarlas. Al respecto, Gayo nos dice: Accionamos a veces para conseguir solamente una cosa, a veces para conseguir solamente una pena, y en otros casos para conseguir tanto una cosa como una pena. Las primeras son las acciones reipersecutorias, las segundas las penales, y las ultimas las mixtas.

Como ejemplo de acción reipersecutoria tenemos la reivindicatoria que tiene el propietario para perseguir la cosa, intentándola, por ejemplo, en contra del poseedor ilegítimo para pedir la restitución.

Las acciones penales son las que derivan de un delito, por ejemplo, la *actio furti*, que se da en contra del ladrón y a favor de la víctima, no para pedir la cosa sino la pena, que era una multa privada que se entregaba a la propia víctima.

Las acciones penales mostraban unas características específicas muy bien definidas. Eran acumulativas; esto tiene dos significados por un lado quiere decir que la acción penal se acumula a la *acción reipersecutoria*: la víctima del robo podía ejercer a la vez la acción reivindicatoria y la *actio furti*; por el otro significa, que si el delito era cometido por varias personas, cada uno de los delincuentes debía pagar la multa completa.

Las acciones penales eran infamantes; esto es, traían aparejada la tacha de infamia y finalmente eran intransmisibles pasivamente; solo se podía perseguir con una acción penal al delincuente y no a sus herederos.

A través del ejercicio de las acciones mixtas se logra tanto una indemnización por el valor del objeto como una cantidad adicional por la pena; tal es el caso de la acción de la Ley Aquilia, que tenía la víctima del delito de daño en propiedad ajena. La acción se daba por el máximo valor que el objeto hubiera alcanzado en el último año, una parte como indemnización por el valor real del objeto, y la diferencia para cubrir la multa privada, que era la pena impuesta al infractor.³⁴

La acción *reipersecutoria* es aquella que recae sobre una prestación, sea real o personal cuya causa es civil. La acción penal es la que procede de un delito privado, fuente de obligaciones en el derecho romano y tiende a obtener la pena pecuniaria establecida en beneficio de la víctima.

Las acciones mixtas son aquellas que tienen en sí mismas caracteres de las *reipersecutorias* y de penales reunido.

Diferencias entre acciones *reipersecutorias* y penales:

Las acciones *reipersecutorias* son transmisibles contra los herederos, las penales jamás. Contra un esclavo o un hijo de familia, en general, no cabe entablar acciones *reipersecutorias*, pero sí penales.

Las acciones *reipersecutorias* tienen un sujeto pasivo plural, es decir, en las que son varios los que deben la prestación, se extinguen por el cumplimiento completo que haga cualquiera de los obligados, las acciones penales no se extinguen del mismo modo y se puede cobrar toda la pena a cada uno de los responsables.

Cuando un individuo dispone de varias acciones *reipersecutorias* debe escoger una, en cambio si dispone de varias penales puede entablarlas todas.

Estas acciones son las derivadas de actos ilícitos. El objetivo de las acciones penales es conseguir una pena consistente en una suma de dinero en concepto de restitución de la injuria, pero a diferencia de las acciones civiles, se da por valor doble, triple o cuádruple del daño causado. Dependiendo del caso, pueden ser civiles o pretorias y se caracterizan por:

- La cumulatividad:
Si son varios los autores, deben pagar la pena entera.
- La intransmisibilidad pasiva:

³⁴ Morineau Iduarte, Marta, Op. Cit., Pág.10

Porque solamente el responsable debe ser el autor y no sus herederos.

- Noxalidad:

Las acciones penales son noxales cuando el delito ha sido cometido por un individuo sometido a potestad. Posteriormente los compiladores eliminaron por completo este rasgo pues el derecho cristiano lo había excluido.

Las acciones reipersecutorias con las que persiguen la reintegración de la cosa mientras que las mixtas buscan conjuntamente la cosa y la pena.

Terminología de la palabra cosa, el termino que se utilizó para denominarla fue “res” característico del ius civile, se entiende por “bona” de cualquiera lo que queda después de deducidas, las deudas, termino utilizado en el derecho pretorio.

En la etapa clásica del Derecho Romano el ejercicio de las acciones para defender la propiedad tuvieron una aplicación más ágil y eficaz que en la actualidad, dentro del Derecho Procesal tanto Civil como Penal en Guatemala, debido a la concepción de la propiedad formal heredada del Código de Napoleón de 1804 y a lo tardado y engorroso del proceso tanto Ordinario en lo Civil como el Penal en General, que se encuentran sujetos a extremas formalidades en sus instancias procesales.

CONCLUSIONES

1. Del Derecho romano emanan muchas instituciones que tienen vigencia en nuestro Derecho Civil actual y una de ellas fue el ejercicio de la acción, de la cual nace el estatuto procesal y propiamente el juicio de carácter civil.
3. Las acciones que se desarrollan en el curso del Derecho romano son consideradas esenciales en la relación jurídica sobre todo en el momento de la reclamación.
4. El Derecho procesal se denominó en Roma Derecho de las Acciones ya que ellos consideraban que mientras hubiera acción había derecho. Los romanos utilizaron la palabra acción para hacer referencia al derecho procesal como al derecho de perseguir judicialmente lo que le deben a uno.
5. La acción típica para la defensa de la propiedad era la acción reivindicatoria, ejercida por el propietario que hubiese sido privado ilegítimamente de la posesión de algún bien suyo.
6. Nuestro Derecho Civil guatemalteco adopta algunas de las acciones que se ejercieron en Roma y una de las más importantes en cuanto a la defensa de la propiedad fue la acción reivindicatoria, que consistía en proteger legalmente la propiedad reconociendo judicialmente el derecho que le corresponde al propietario quirritario de una cosa determinada, en contra de quien la tuviera en posesión. El fundamento legal que nuestro Derecho se basa para aplicar la acción es el artículo cuatrocientos sesenta y nueve del Código Civil el cual establece que el propietario de una cosa tiene el derecho de reivindicarla de cualquier poseedor o detentador.
7. Así como nuestro ordenamiento jurídico establece una clara diferenciación entre la propiedad y la posesión así también lo regulaban los romanos ya que para ellos la propiedad es el derecho que se tiene sobre una cosa y la posesión es el poder físico que se ejerce sobre una cosa. Así también nuestro ordenamiento jurídico señala en el artículo cuatrocientos sesenta y cuatro del Código Civil la propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes. Por otra parte la posesión es el derecho presumible y limitado en el cual una persona ejerce sobre un bien algunas facultades inherentes al dominio.

8. La vía judicial que los romanos utilizaron para hacer valer la acción reivindicatoria fue variando ya que existieron tres periodos fundamentales en donde se desarrollaron tres diferentes sistemas de procedimientos, el primitivo de ellos fue el procedimiento de las *legis actiones* o acciones de la ley, el segundo fue procedimiento *per formulam* o formulario y el tercero fue el procedimiento denominado *cognitio extra ordinem* o sistema extraordinario.
9. En nuestro derecho actual la vía para ejercer la acción reivindicatoria es mas sencilla comparada con el procedimiento civil romano ya que nosotros iniciamos el juicio con la demanda y finalizamos, normalmente con la sentencia. El sistema romano primitivo como se señala anteriormente era demasiado formalista y por ende riguroso, se enfocaba sobre todo en el rito y la solemnidad. Asimismo el procedimiento de las *legis actiones* se desarrollaba en dos fases una ante el magistrado y otra ante el juez. Otra de las complicaciones que se presentaban era que el actuar del magistrado, no le permitía adaptar el Derecho a las necesidades de la práctica. Las formulas estaban rigurosamente establecidas por la costumbre o por la ley lo cual no podía variar en nada y el mas leve error acarreaba la pérdida del juicio. En el procedimiento formulario se emplea una fórmula escrita y se desarrolla siempre en dos fases, como bajo las *legis actiones*: *in jure* e *in iudicio*. La evolución que se tuvo en esta época fue importante ya que el ejercicio del pretor progresó en cuanto a las ideas de equidad y de humanidad. Además el procedimiento formulario se aplicó a los peregrinos lo cual era inaplicable en el anterior sistema.
10. Nuestro sistema judicial adopta la vía ordinaria para hacer valer la acción reivindicatoria, conforme al principio de celeridad se permite que el proceso se desarrolle de una manera rápida evitando el alargamiento de los plazos y los tramites innecesarios, así como lo establece el artículo sesenta y cuatro del Código Procesal Civil y Mercantil el cual señala que los plazos y términos señalados en este Código a las partes para realizar los actos procesales, son perentorios e improrrogables, salvo disposición legal en contrario. Vencido un plazo o término procesal, se dictará la resolución que corresponda al estado del juicio, sin necesidad de gestión alguna.

RECOMENDACIONES

1. Gracias a las reformas que se establecieron al actual pensum de estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, ya se cuenta con el curso de Derecho Romano, el cual es de suma importancia en virtud del cual todo estudiante de derecho tiene la obligación y responsabilidad de manejar con eficiencia las instituciones del Derecho Civil, pero sin un estudio adecuado al origen de las mismas no es posible su comprensión, por lo anterior mi tesis se enfoca al estudio de esas raíces latinas a las cuales se les debería dar mas importancia en el ámbito jurisprudencial de la carrera de ciencias jurídicas y sociales. Es por ello que es necesario que los que hemos quedado fuera del ámbito del actual pensum de estudios, tengamos el compromiso y la responsabilidad de adentrarnos en lo básico al estudio jurídico romano ya que de ese Derecho emanan muchas de las instituciones que tienen hoy en día vigencia en nuestro Derecho Civil actual.
2. Por la complejidad que en ocasiones se presenta en cuanto a la aplicación de determinadas instituciones del Derecho civil, para una mejor comprensión es necesario acudir a su origen y buscar ayuda en los antecedentes del Derecho romano ya que como se mencionó anteriormente del Derecho romano nacen muchas de nuestras instituciones jurídicas actuales.
3. Es necesario que en nuestra legislación se regule la unificación de los procedimientos de conocimiento que están establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil y que solo un juicio se aplique en el ámbito civil y mercantil. Así se podría lograr un proceso más sencillo y con ello acelerar las fases del mismo.
4. Es importante también que nuestra legislación pueda establecer la oralidad en el juicio ordinario de esa manera lograr un desenvolvimiento eficaz y eficiente del mismo dando con ello una mejor comprensión del proceso entre las partes.
5. Es indispensable que se implementen cursos de Derecho romano a profesionales del derecho, ya que a través de los años su estudio ha sido muy poco usado pero que su naturaleza es importante puesto que muchas de las instituciones del Derecho Civil guatemalteco nacen del

Derecho romano, es por ello la importancia que tiene el Derecho romano ya que en materia civil debe de surgir el origen de toda figura ya plasmada en nuestro Código Civil usado en la actualidad y que sus fuentes se derivan del mismo.

BIBLIOGRAFIA

- ALVEÑO HERNANDEZ, Marco Aurelio y DIAZ MENCHU, Luis Ranferi. **Apuntes de Derecho Romano.** 1era. Edición, Guatemala 2004
- ALVIZ GUTIÉRREZ Y FAUSTINO ARMARIO, **Diccionario de Derecho Romano.** Madrid, España, 4ª. Edición, 1995. Pág. 319
- ANTOKOLETZ, Daniel. **Tratado de Derecho Romano.** Buenos Aires, El Ateneo 1930
- BRAVO GONZALEZ, Agustín. **Derecho Romano.** 10ª. Ed., México, Ed. Porrúa, S.A. 1996
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de Derecho.** Edit. Eliasta, 1989
- CORRENTE SPANO, Dante. **Fuentes del Derecho Romano.** Buenos Aires, Ed. Pannedille, 1970
- DORS. **Derecho Privado Romano.** Ed. Universidad de Navarra, España, 1997
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de Derecho Civil Español.** 5ª. Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, España, 1975
- FOIGNET, René. **Manual Elemental de Derecho Romano.** Traducción del Lic. Arturo Fernández Aguirre. Editorial José M. Cajica, S.A., Puebla, Pue., Méx.
- GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen. **Manual de Derecho Romano.** 5ª. Ed., Bogota, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1996
- GUTIERREZ, Alviz y ARMARIO, Faustino. **Diccionario de Derecho Romano.** 4ta. Ed. Madrid, España 1995
- IGLESIAS, Juan. **Derecho romano.** 11ª. Edición, Editorial Ariel Derecho, Madrid, España 1994
- LAPIEZA ELLI, Angel E. **Historia del Derecho Romano.** Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina 1981

LOPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al Estudio del Derecho I.** Editorial Estudiantil Fénix, Primera Ed., Guatemala, Guatemala 2000

MORINEAU IDUARTE, Marta. **Derecho Romano.** Editorial Oxford, México D.F., México 2002

OSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** Ed. Eriast, 1981

LEGISLACION

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986

Código Civil, Decreto Ley 106

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto número 107