

DR 02 94

...derecho romano, título Introducción al curso 2, autor Manuel Jesús García Garrido, fecha de grabación 30 de junio de 1982, fecha de emisión 8 de octubre de 1982. En el último día hablábamos de que en el nuevo curso que se inicia podíamos contar con el auxilio de los dos volúmenes de derecho romano privado, el primero dedicado al estudio de las instituciones y el segundo dedicado a la jurisprudencia y al estudio de los casos. También del diccionario de jurisprudencia romana que puede constituir una ayuda importante ya que las instituciones se encuentran expuestas alfabéticamente y también se amplían los casos con objeto de que el alumno pueda encontrar una mayor relación y conexión entre estos distintos casos.

Hablábamos de la parte introductiva del derecho romano privado y nos fijábamos en las fuentes y en la evolución paralela de las instituciones de derecho público, de las distintas etapas históricas que configuran el derecho público y que se corresponden con las etapas en que dividimos el estudio del derecho privado, derecho antiguo y preclásico, derecho clásico y por último derecho posclásico y justiniano. Ya decíamos que es fundamental el estudio de la jurisprudencia. El jurisconsulto romano es la figura omnipresente que domina todos los campos del derecho.

Subrayamos la distinción expuesta con extensión en el volumen segundo entre el jurisconsultus y el orator. Esta distinción se aplica por la división en dos fases en la bipartición del proceso civil romano característico del *ordo iudiciorum privatorum* que como decíamos está formado por las dos etapas de las *legis actiones* o acciones de la ley y por el procedimiento formulario. Pues bien, el jurisconsulto interviene sobre todo en la primera fase de este proceso civil romano, en la llamada fase *in iure* o ante el magistrado.

Fundamentalmente asesora a las partes indicándole cuál es el medio, cuál es el remedio que deben utilizar y en el procedimiento formulario. También señalándole la fórmula que deben emplear ante el pretor para que tenga éxito su reclamación. A diferencia del jurisconsulto que además como decíamos asesora a los pretores en la formulación, en el ofrecimiento de nuevas acciones en su edicto y a los príncipes ya que forma parte de su consejo, además decíamos tenemos en la segunda fase la figura del orator.

El orator interviene en la fase *apud iudicem*. El orator es el actual abogado que se ocupa de las pruebas, que se ocupa de las alegaciones o del informe ante el juez y que más que un técnico en derecho en Roma era versado en la dialéctica y en la retórica. Así tenemos el caso de Cicerón que fue siempre un gran orador versado en estas artes y que despreciaba un poco olímpicamente a los jurisconsultos aunque él mismo no puede menos que alardear de conocimientos jurídicos cuando llega el caso.

Por tanto esta distinción que tenemos en el procedimiento entre la primera fase *in iure* y la fase *apud iudicem* y que está separada por un momento central que es el momento de la *litis contestatio* en el que las partes fijan definitivamente sus pretensiones y se abre propiamente

después de esta *litis contestatio* la segunda fase ante el juez. Fase ante el juez en el que interviene este orador o abogado y que se ocupa fundamentalmente de las pruebas y de las peroratas o alegaciones ante el tribunal. En el procedimiento civil romano que constituye el *ordo iudiciorum privatorum* tenemos dos fases perfectamente delimitadas y establecidas.

Esta fase son el proceso de las acciones de la ley que es el más antiguo procedimiento y que se caracteriza por desarrollarse todo él oralmente y en segundo lugar el proceso que le sustituye en el tiempo es el procedimiento formulario que se concreta ya en un documento escrito o formula en que se contienen y reducen las peticiones de las partes. Las alegaciones del actor o demandante en la intención de la fórmula y las pretensiones del demandado en la excepción o en las excepciones. Después del *ordo iudiciorum privatorum* sucede el procedimiento de la llamada *cognitio extraordinem* o de cognición extraordinaria.

Este es el proceso que poco a poco se va implantando a partir de Augusto que lo instaura para los fideicomisos y que va a dominar sobre todo y va a generalizarse en la época posclásica. Como característica del nuevo procedimiento desaparece ya la bipartición en las dos fases ante el pretor y ante el magistrado y todo el proceso va a desarrollarse ante un juez o funcionario único que actúa por delegación del príncipe o del poder político. Subrayando la importancia del estudio de estas acciones en sus distintas partes destacaremos también como después del estudio de las fuentes vienen unas nociones necesarias sobre el concepto de persona y capacidad.

Ya sabemos como en el mundo antiguo especialmente en el mundo romano no todo hombre era considerado persona, los hombres se distinguían fundamentalmente en libres y esclavos y solo los libres tenían capacidad jurídica considerándose los esclavos como una cosa. Aun cuando en determinados supuestos se le admite una cierta capacidad negocial para actuar en nombre y beneficio exclusivo del dueño. Incluso dentro de los hombres libres era fundamental la pertenencia a la clase o categoría de los ciudadanos romanos, ciudadanos romanos que primero eran muy limitados y que posteriormente se van ampliando a los pueblos de Italia se le va concediendo la ciudadanía.

Hasta que por último Antonino Caracalla en el año 212 concede la ciudadanía a todos los habitantes del imperio. Distinto de estas personas físicas y en imitación de ellas se llega a la construcción o a la consideración de las personas jurídicas, se trata de determinados entes colectivos y de ciertos entes públicos que a efectos de que puedan intervenir en el mundo del derecho se le concede una cierta capacidad y personalidad. Ello ocurre con el *populus romanus* y otros entes públicos como las civitates o ciudades y también con las asociaciones de personas particulares como son las corporaciones y asociaciones.

También se le reconoce una cierta capacidad a determinadas entidades económicas o patrimonios adscritos a determinados fines como son las fundaciones. Después en la introducción se trata del concepto y clasificación de las cosas. A efectos de la apropiación por el hombre es fundamental en el antiguo derecho la clasificación entre las cosas mansipables y no

mansipables, res mansipi y rec nec mansipi.

Entre las primeras se consideran aquellas cosas que son las más importantes para el cultivo del fondo que en una economía agrícola como la primitiva tenían una gran importancia como eran los esclavos, los animales de tiro y carga, los aperos de labranza y naturalmente los fundos o campos que se sometían que servían para este cultivo. Después junto a este concepto de cosas mansipables van a adquirir una mayor importancia otra clase de cosas y objetos que están sometidas a las relaciones o comercio entre los particulares y que van a tener tan gran importancia como las anteriores porque cuando Roma extiende sus fronteras y lleva al comercio con los otros pueblos es necesario salir del ámbito reducido de los negocios formales realizados entre los ciudadanos como era la mansipacio y la injurecesio y buscar otros contratos, otros negocios de derecho de gente como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato que sirven para dar una mayor extensión a esta capacidad negociadora de los romanos a este trato continuo con los otros pueblos de la antigüedad. En esta primera parte del curso tratamos a continuación de la propiedad, propiedad y posesión, adquisición de la propiedad, servidumbres y su fruto y por último enfiteusis y superficie.

Tenemos que advertir que inmediatamente que el alumno comience las instituciones referentes a la propiedad debe comenzar también con el aprendizaje, con la atenta lectura y con el estudio detenido de los casos prácticos que deben correr paralelo a los estudios de las instituciones de derecho privado. En esta primera parte del curso insistimos en la importancia capital que tienen las acciones sobre las que el alumno debe obtener un conocimiento continuo sobre todo sobre la naturaleza y partes de la fórmula y sobre las distintas fórmulas que en el estudio tienen que tenerse en cuenta la fundamental distinción entre acciones civiles que son aquellas que proceden del antiguo *yus civile* y acciones pretorias u honorarias que son las que el pretor va introduciendo a medida que las necesidades de la práctica jurídica van imponiendo una mayor atención a estos problemas que se van presentando en el proceso. Insisto una vez más en la configuración central del *jurisconsulto* y en la necesidad de estudiar detenidamente para entender las instituciones de derecho privado todo lo que sobre la jurisprudencia se dice en el volumen segundo.