

INFLUENCIA DE ALGUNAS DISCIPLINAS NO JURÍDICAS EN EL DERECHO ROMANO

SUMARIO.—1. La Retórica.—2. Penetración de la Retórica en Roma.—3. La teoría de los *status*.—4. La posición de Stroux.—5. La teoría de los *status* en Roma.—6. *Scriptum-voluntas*.—7. Antinomia.—8. Silogismo.—9. Causas famosas.—10. Formación retórica de los juristas romanos.—11. *Querela inofficiosi testamenti*.—12. Retórica y fórmula procesal.—13. Retórica y fase *apud iudicem*.—14. El contenido jurídico de las declamaciones.—15. Gramática y Jurisprudencia.

El presente trabajo apunta a la muy probable influencia que el cultivo de disciplinas no jurídicas ha ejercido en la jurisprudencia romana.

No pretende, ciertamente, establecer una relación inmediata y causal entre esas disciplinas, a cuyo estudio consagraron los juristas de Roma sus juveniles esfuerzos, y la producción jurídica que granjeó a los prudentes la inmarcesible admiración que gozan. La producción de los juristas ofrece, sin asomo de duda, las características propias de un arte, de una técnica independiente, que repudia cualquier índole de infeudación a disciplinas extrañas. El Derecho romano posee la indiscutible entidad cualitativa para ser considerado *per se* como una de las más cumplidas consecuciones de la mente humana aplicada al servicio de la justicia. Por ser esto así, creemos que no mengua lo más mínimo la alta estimación que el Derecho de Roma merece, el intento de acotar con la cautela y timidez que imponen de una parte, la grave dificultad que el problema entraña, y de otra, la poquedad de fuerzas del autor, las zonas del humano saber cuyo cultivo haya podido coadyuvar al alumbramiento del prodigio

que en la historia de la cultura viene a significar el Derecho de Roma.

Son esas zonas, en que puede advertirse una influencia directa e indudable actuada por técnicas extrañas, desde luego escasas. Se acepta sin embargo de modo pacífico por los modernos autores que algunas instituciones jurídicas romanas revelan un entronque casi directo con ciertas disciplinas ajenas al Derecho. Así, por ejemplo, la interpretación de leyes y negocios jurídicos, la fase *apud iudicem* en el procedimiento civil romano clásico, la *querela inofficiosi testamenti* deben mucho, en su respectiva problemática y configuración, al poso que dejó en los juristas el estudio en los años de juventud de la retórica, la gramática, la dialéctica. Al cultivo de estas disciplinas debieron en gran parte sus hábitos mentales de precisión y finura, los cuales imprimieron a su labor específica de juristas el sello genial que la caracteriza.

Se pretende tan sólo, con la referencia a estos antecedentes científicos, suscitar en el lector la posibilidad de admitir esas influencias en el *ius romanum*. No abrigan estas líneas aspiración a la originalidad. Desarrollan o amplían sugerencias de otros autores, o las confirman con acopio de mayor número de textos.

Pensemos lo que nos refiere Aulo Gelio (*Noctes atticae*, XIV, 2) de sí mismo: *ut homo adulescens a poetarum fabulis et a rhetorum epilogis ad iudicandas lites vacatus*. Esto mismo ocurrió a muchos, los cuales, en el nuevo oficio, no pudieron hacer tabla rasa de lo aprendido.

I. LA RETÓRICA

Así como la poética es la teoría de la poesía, la retórica es *ars bene dicendi* y, en su aplicación a la oratoria, una técnica de la persuasión¹. Esta su finalidad suasoria, la cual, independientemente de sus desviaciones degenerativas que en épocas de decadencia se producen y que exaltan casi con exclusividad el elemento externo, la mera forma del discurso, ha constituido nota esencial de la retórica y al

1. JOSÉ COLL Y VEHL, *Elementos de Literatura* (Barcelona 1873) p. 341. ARISTÓTELES, *Ret.* 1355, 2, 30 (ed. Inst. de Estudios Políticos).

mismo tiempo su razón de ser². De esta su substancia y nervio dialécticos, habremos de derivar luego, determinadas consecuencias en orden al influjo de la Retórica en la formación de los juristas de Roma.

En esta ciudad y durante la época republicana, fué el foro la palestra de los oradores, y en las escuelas de retórica se estudiaban y discutían los ténas o asuntos debatidos en el foro. Por estos tiempos, las escuelas de retórica mantenían un íntimo contacto con la vida y los temas que en la escuela se plantean suelen versar sobre cuestiones y problemas de la realidad vital y cotidiana. Al advenir el régimen del Principado, se inicia el divorcio de la retórica y la vida real, cuando la elocuencia, en vez de estar animada por un espíritu vital y realista, aplicándose a temas actuales, se hace recoleta y artificiosa. Es en este ambiente enrarecido y ficticio de la oratoria donde surge el tipo del declamador, desviación degenerativa del *orator*.

En efecto, el orador cuando habla, pretende convencer; el declamador, en cambio, solamente intenta agradar; aquél se propone mover y determinar las voluntades mediante la persuasión, y éste, halagar la fantasía y recrear el oído. El orador sabe que de su palabra pende la solución de un asunto más o menos importante; en cambio, el declamador tiene conciencia de que su disertación no es otra cosa que un vano juego del espíritu. La verdadera oratoria extrae los argumentos que utiliza de una convicción sincera; el declamador se sirve con morbosa preferencia de recursos oratorios que pueden tener, a lo sumo, una cierta fuerza o virtud emocional, un *pathos* vacío de contenido lógico. El orador concibe la oratoria como medio de conseguir un fin elevado; el declamador la estima, en cambio, como fin en sí mismo³. El declamador aparece pues como un fruto enfer-

2. *Dicere apposite ad persuadendum* (Cic., de inv. I, V, 6).

3. Nadie como Montanus Votienus ha caracterizado esta oratoria de escuela, ni ha expresado con más justeza los fines que el orador y el declamador persiguen respectivamente: *qui declamationem parat—dice—scribit non ut vincat sed ut placeat*.

Todo lo que adula y halaga, es utilizado por el declamador, el cual desatiende el nervio de la argumentación, la envidia dialéctica del discurso; busca la aprobación, no de la causa que defiende, sino de su persona; *cupit enim se approbare non causam*. Ahora bien, todo el brillo del artificio escolástico se deshace y viene abajo cuando el declamador se enfrenta con la rea-

mizo de aquella *litterarum intemperantia* de que nos habla Séneca ⁴ y es producto genuino y directo de la viciosa tendencia que este mismo autor denuncia, de formar a los hombres para la escuela y no para la vida: *non vitae sed scholae discimus* ⁵.

Aludiendo al brusco contraste que supone para el declamador el tránsito del mundo de sus artificios y ficciones a aquel otro de realidades vivas y problemas actuales que en el foro solían debatirse, en las primeras líneas de su *Satiricón* dice Petronio, que el énfasis del declamador sería soportable si fuese eficaz para abrir a los alumnos los caminos de la elocuencia, pero, muy al contrario, las ampulosidades estilísticas de aquél sirven tan sólo para que los jóvenes, cuando actúan en el foro se crean caídos en un mundo completamente distinto de aquel que les es familiar en sus escuelas de declamación ⁶.

Las causas que determinan el ocaso y apagamiento de la verdadera oratoria y la aparición simultánea del declamador, son fácilmente discernibles si se piensa que, en la época ciceroniana por ejemplo, el pueblo y el Senado solían ser movidos en sus decisiones por la fuerza persuasiva y la eficacia dialéctica de la palabra. No era a la sazón la oratoria un mero juego literario, un escaqueo intrascendente, sino instrumento eficaz para imponer las propias convicciones y lograr importantes objetivos políticos o judiciales. Es a partir de Augusto cuando el Senado y el pueblo no son ya poderes políticos

idad de la vida y, como dice el propio Montanus, *cum ventum est in forum et desit illos (los declamadores) ad omnem gestum plausus excipere, aut deficiunt aut labant*. Vid. SCHANZ, *Geschichte der röm. Literatur* II, 1, 3 (München 1911) p. 478.

4. Sén. *Ep.* 106, 12.

5. Sén. loc. cit. A la enojosa técnica de la declamación y monótonas recitaciones de temas por los alumnos, al interés de éstos por los ejercicios declamatorios y, de pasada también, a la habitual morosidad del alumnado en el pago de los honorarios debidos a sus profesores, refiérense los conocidos versos de Juvenal (*Sat.* VII, v. 155).

6. *Hacc ipsa tolerabilia essent, is ad eloquentiam ituris viam facerent. Nunc et rerum timore et sententiarum vanissimo strepitu hoc tantum proficiunt ut cum in forum venerint, putent se in alium orbem terrarum delatos* (*Satiricon*, I, 1).

Para Petronio, la escuela de declamación es un semillero de estultos por que en ella nada se enseña a los alumnos de aquello que *in usu habemus* (Petronio, *Satiricon*, loc. cit.). Vid. también Séneca, *Contr.* III praef.

efectivos⁷ y cuando éstos encarnan en el *princeps*, y es entonces por el convencimiento de la falta de utilidad de la oratoria como medio suasorio y eficazmente idóneo para la consecución de las finalidades antes apuntadas, cuando ésta se refugia en la escuela y se aplica a temas inocuos de carácter puramente especulativo o histórico que no tengan tangencias peligrosas con la realidad política del momento. Pero a pesar de todas sus exageraciones y vicios, no hay que olvidar que la retórica es siempre un arte al servicio de la persuasión y que el retórico es, como dice Quintiliano, traduciendo a los griegos, un *opifex persuadendi*⁸. Las censuras que el arte declamatorio ha merecido se aplican a la fase exagerada de éste, a su tendencia degenerativa manifestada en su divorcio con la realidad y en sus absurdas ficciones. Pero, aun en esta su tendencia desviada y viciosa, el arte de la declamación con sus sutiles ergotismos, sus invenciones caprichosas y sus alardes dialécticos constituye un ejercicio que habitúa a razonar con rigor formal y contribuye de esta suerte a educar y desarrollar el pensamiento.

2. PENETRACIÓN DE LA RETÓRICA EN ROMA

La retórica y la declamación en Roma fueron importadas de Grecia. Parece seguro que los retóricos latinos no inventaron los temas debatidos en sus escuelas, sino que adoptaron, con las precisas modificaciones, un repertorio de casos formado en Grecia, hacia finales del siglo IV a. d. J. C.⁹. Este repertorio experimentó a través de los siglos incrementos notables con supuestos o temas tomados de la

7. El juicio de Kornemann refleja certeramente lo que constituye la esencia del principado al considerar este como una gran fachada tras la que se oculta de modo habilísimo la monarquía absoluta. Algunos estiman, en cambio, que no es otra cosa que un noble esfuerzo por conjugar aquellas que Tácito llamaba *res dissociabiles*, la libertad y la autoridad. Vid Kornemann, *Röm. Geschichte*, II, ppg. 136.

8. Quint. *Inst. or.*, II, 15. También Cicerón afirma que el *officium oratoris* no consiste esencialmente en otra cosa que en *dicere apposite ad persuadendum* (*Brutus*, 41, 152).

9. Vid. U. E. Paoli, *Droit attique et Droit romain dans les rhéteurs latins* RHD 1933, págs. 176-199.

vida romana, sufriendo de esta suerte una progresiva romanización la cual, en opinión de Paoli, no fué ciertamente muy feliz¹⁰.

Sin entrar ahora a juzgar del acierto o desacierto con que se dió carta de naturaleza romana a este *corpus* griego, es indudable que la aludida romanización del mismo responde a una tendencia muy característica del pueblo de Roma, tendencia que se manifiesta en las comedias de Plauto y Terencio, inspiradas, como es sabido, en modelos griegos, vestidos luego a usanza latina; en el *ius gentium*, cuyas instituciones se incorporan al sistema civil romano, con impronta y características romanas y también en ese *corpus* retórico importado de Grecia y desfigurado al perder muchas de sus originarias peculiaridades e impregnarse del espíritu nacional.

Tal vez la explicación de este fenómeno pudiera encontrarse en un pasaje de *de oratore* de Cicerón. Se afirma en él: *semper ego existimavi iucundiorum et probabiliorem huic populo oratorem fore qui... nullam graecarum rerum significationem daret*, lo que nos hace pensar que para conseguir en Roma un orador ambiente propicio era muy conveniente que supiese ocultar o disimular su inspiración y formación helénicas. Y si, por otra parte, como dice el propio Cicerón, *pecudis esse non hominis* el despreciar las valiosas aportaciones culturales de los griegos y sus progresos técnicos, y al mismo tiempo, *palam audire eos non auderes, ne minueres apud tuos cives auctoritatem tuam*, se explica muy bien que la cultura helénica entusiasmase a las clases selectas de la sociedad romana de esta época, que contase en ella con adeptos muy calificados y que, esto no obstante, careciese de popularidad y simpatía y, por esta razón, fuese aconsejable —como dice Cicerón (*ne minueres apud tuos cives auctoritatem tuam*) exhibir lo menos posible la formación griega y ocultarla y disimularla cuidadosamente¹¹.

Este pasaje ciceroniano nos da en cierto modo la explicación de la necesidad de romanizar el repertorio retórico griego de fines del siglo IV a. de J. C., transformando los primigenios temas griegos en asuntos netamente nacionales.

10. "... ils (los retóricos latinos) —dice— ont tout deguisé, ils ont tout pastiché a fin de moderniser et adapter ce que leurs élèves n'auraient pu comprendre dans la forme originale". (loc. cit., pág. 176).

11. Cic. *de oratore*, 2, 153 (éd. Oxoniensis); Vid. también Kroll, *Die Kultur der Ciceronischen Zeit* (Leipzig, 1933), pág. 122.

Sin embargo, a través de este disfraz romano pueden percibirse con bastante relieve rasgos y características inconfundiblemente propios de los temas originarios, y así, por ejemplo, el mismo Paoli ha fijado de modo preciso la relación existente entre el *fur nocturnus* y el *τοῦτοπῶρος* griego. Era como dice el ilustre profesor de Florencia, tarea urgente e ineludible poner los temas y asuntos griegos al alcance de los alumnos romanos. Esto es lo que se hizo, como acreditan los siguientes ejemplos: Los retóricos griegos solían con frecuencia proponer como tema de controversia, los procesos sustanciados contra los generales vencedores en la batalla de las Islas Arginusas, al sur de Lesbos. Los diez estrategas atenienses, a causa de una furiosa tempestad, no pudieron recuperar los cadáveres de los combatientes victoriosos embarcados en las naves y que habían tenido la desgracia de caer en el mar. Por este motivo, los estrategas fueron depuestos de sus cargos y los que de ellos regresaron a Atenas, condenados a muerte¹², triunfando, como dice Wilcken, la versatilidad y el capricho populares sobre toda legalidad¹³. Ahora bien, este mismo asunto, tan conocido de la historia de Grecia, es objeto, en las escuelas latinas de retórica, de una substancial alteración: *Imperator militum corpora revehebat in patriam; orta tempestate cadavera abiecit. Laesae fit reus reipublicae.*

Comentando el texto transcrito, dice el Prof. Paoli que en los originales griegos se leía *οἱ δὲκα στρατηγοὶ* porque en el ejército ateniense había diez generales, uno por cada *φολή*, pero hubiera resultado sumamente extraño hablar a los alumnos romanos de retórica, de un ejército mandado por diez generales cuando en Roma había solamente un *imperator*. Por esta razón los diez generales del texto griego ceden su puesto en la versión latina, al general único de los romanos. Por otra parte, el tema griego hace referencia a una batalla naval y una batalla naval en la época del imperio no es para el romano un absurdo inferior al que supone un ejército mandado por diez generales. Es preciso pues transformar en terrestre el combate naval de los griegos, alterando los términos de la narración histórica. En la traducción latina no se dice que los cadáveres fueran

12. Rostovtzeff, *Geschichte der alten Welt* I (Wiesbaden 1941), páginas 317-318.

13. Wilcken, *Griechische Geschichte* (München, 1951), pág. 191.

abandonados al mar por su imposible recuperación a causa de la tempestad, sino que después del combate terrestre, los muertos fueron transportados en unas naves, para ser conducidos a su patria y que en el curso de esta navegación fueron arrojados al mar por orden del *imperator*. Tal orden es dada por haber estallado una tempestad que puso a las naves en grave peligro, haciéndose necesario aliviarlas de su carga mediante un *iactus* ο *ἐκβολή*¹⁴.

De esta suerte, con estos métodos, adquiere en Roma carta de naturaleza la retórica y el arte de la declamación. Paoli, en el trabajo que sirve de guía a las anteriores páginas, ha señalado con precisión los términos de este proceso de romanización de asuntos y temas exóticos, con el fin de hacerlos familiares a las mentes romanas y de conseguir, como en efecto consiguieron, la difusión que difícilmente hubiesen alcanzado, si los temas y asuntos aludidos hubiesen conservado sus primigenias características.

La retórica y la declamación hallan en Roma resistencia y oposición fuertes. Los censores, encargados, como es sabido, de la *cura morum* y de conservar la pureza de la tradición romana sobria y austera, sienten una justificada alarma ante los estragos que esta nueva disciplina podía producir en la juventud, tanto mayores cuanto que ésta había acogido las nuevas enseñanzas con verdadero entusiasmo.

Por el Sc. llamado de *philosophis et rethoribus* del año 161 a. C., se prohíbe la presencia en Roma (*ne Romae essent*) de filósofos y retóricos¹⁵. Los censores, ante la asistencia masiva de la juven-

14. Paoli, *loc. cit.*, pág. 182.

15. *Quod verba facta sunt de philosophis et rhetoribus de ea re ita censuerunt: ut M. Pomponius praetor animadverteret cuaretque ut ei e republica fideque sua videretur ne Romae essent.* (Vid. Riccobono, *Leges*, número 32, pág. 247).

En virtud del Sc. citado, se encomienda al *praetor* la adopción de las medidas pertinentes para evitar la permanencia en Roma de filósofos y retóricos. Refiere Aulo Gelio (*Noct. Att.* XV, 11): *Censores de coercentis rhetoribus latinis ita edixerunt: Renunciatum est nobis esse homines, qui novus genus disciplinae instituerunt, ad quos inventus in ludum conveniat: eos sibi nomen imposuisse latinis rhetores; ibi homines adulescentulos dies totos desiderare. Maiores nostri, quae liberos suos discere et quos in ludos itare vellent instituerunt. Haec nova quae praeter consuetudinem ac morem maiorum fiunt, neque placent neque recta videntur. Quapropter et his-*

tud romana a las escuelas de retórica y la fervorosa dedicación a estos estudios, declaran paladinamente que estas disciplinas, en cuyo aprendizaje consumen los jóvenes los días enteros (*dies totos desiderere*), *neque placent neque recta videntur* y conminan sanciones, que ponen de relieve el disgusto que produjo en Roma la introducción de estas novedades. La reacción defensiva de los censores debió de ser proporcionada a la gravedad del peligro, y de la referencia de Aulo Gelio se desprende, en efecto, que el mal era muy serio y que la retórica penetraba en Roma y conseguía allí innumerables adeptos, por lo que los censores hubieron de intervenir enérgicamente.

Pero por mucho que fuese el celo de los mencionados magistrados, no pudieron éstos evitar que las clases distinguidas de la sociedad, los intelectuales especialmente, se sintieran poderosamente atraídos hacia esta nueva manifestación de la cultura griega. Cicerón manda a su hijo a Atenas; se desea ávidamente adquirir una formación filosófica, un arte de vivir, que libere de los prejuicios de una ética rigurosa en el ámbito familiar, y en el social, y depare el goce espiritual propio de aquel ambiente de Grecia lleno de agrado y simpatía. Ciertamente que estas novedades griegas no eran gratas al romano de viejo cuño. Para éste, las lucubraciones sin una finalidad práctica constituían una frivolidad y una flagrante violación de los graves deberes de la ciudadanía¹⁶.

La palabra *ῥήτωρ*, en su significación histórica, hace referencia a un estamento profesional, que, por tener a gala, las gentes que lo integran, su habilidad y destreza en el decir, ha concitado siempre en las sencillas gentes del pueblo, enemigas de artificios y logomaquías, una actitud recelosa y hostil. El término *σοφιστής* designa a aquellos individuos que por estar dotados de ingenio pronto y sutil y de palabra fácil sobresalen entre los demás. El sofista cultiva con predilección un género oratorio llamado epidéctico, en el cual figuran los discursos laudatorios, panegíricos, oraciones fúnebres¹⁷, cuya finalidad es ensalzar las virtudes de

qui eo venire consuerunt visum est faciendum ut ostenderemus sententiam nobis nonn placet. Vid. Riccobono, *Leges*, núm. 14, pág. 306.

16. Kroll, *Die Kultur der ciceronischen Zeit* (Leipzig, 1933), II, página 120.

17. Vid. Kroll, *RE*, VII, col. 1040.

las personas a que van dedicados¹⁸. Los sofistas conceden singular importancia a la improvisación (*ἀποσχεδιασίη*) y para fomentarla se practican ejercicios oratorios sobre temas ficticios inventados por una fecunda imaginativa. En la fase más antigua de la sofística no se cuida mucho de la expresión literaria. Es preciso llegar a la época de Gorgias, para que la forma artística de la oratoria adquiriera importancia y se aprecie en todo su valor el poder mágico del *λόγος*. Sólo en el género de la oratoria judicial se recomienda insistentemente, por los sofistas y retóricos del período más antiguo, la necesidad de que el orador se sitúe en su disertación al alcance del auditorio. Fundamentalmente la oratoria, como ya dijimos, actúa en la zona racional del hombre, y para conseguir el efecto que se persigue, todos los medios, según los sofistas, son permitidos. El acierto estriba en escoger el momento oportuno (*Καιρός*), saber improvisar los argumentos y ofrecer a la consideración del auditorio las cosas grandes como pequeñas o realzar éstas, según convenga a los fines del orador. Se especula con la simplicidad y bajos instintos de la masa y se procura halagarla a toda costa. Ciertamente que contra esta cínica actitud de los sofistas se alzaría Platón insistiendo en la importancia de la dialéctica al servicio de las causas justas y honestas. Aristóteles habla también de la necesidad del *ethos*, de las condiciones morales que debe reunir quien se dedica al cultivo de la oratoria, condiciones que pasan a ser substantivas y primordiales en la famosa definición catoniana del orador: *vir bonus dicendi peritus*, y en la no menos famosa regla de nuestro ilustre calagurritano por la que se prohíbe *iniusta tueri scientem*, esto es, patrocinar a sabiendas causas injustas¹⁹. La sofística enseña el arte de hablar bien y mediante una

18. Vid. P. Harvey, en *The Oxford companion to classical literatur, Epidectic oratory*, pág. 162. Sólo las *ἀρεταί* merecen elogio. Los privilegios de alcurnia, cualidades físicas o bienes de fortuna no deben ser motivo de vanidad para quien los posee. Lo dice también Cicerón: *videre oportebit non tam quae in corpore aut in extraneis rebus habuerit is, de quo agitur, quam quo pacto his rebus usus sit. Nam fortunam quidem et laudare, stultitia... animi autem et laus honesta*. Cicerón, *de inv.* II, 178.

19. Quint. *Inst.* 12, 7, 7. Contr. este parecer de Quintiliano, afirma Celso: *Non enim bona conscientia, sed victoria litigantis est praemium*. Si la afirmación de Celso fuese cierta, arguye Quintiliano, fuera propio de

ordenada agrupación de los hechos, riguroso desarrollo de la prueba, hábil aprovechamiento de la vulnerabilidad de la argumentación utilizada por el adversario, trata de vencer y reducir al contrincante, sin rehusar el empleo del agravio o de la insidia contra éste, cuando uno y otra sirven a los fines que el sofista persigue²⁰. Fué Hermágoras quien se esforzó en agrupar y tipificar los diversos casos que en la práctica podían suscitar debate, creando su conocida teoría de las *συνασεις* o cuestiones²¹.

3. TEORÍA DE LOS "STATUS"

Empieza Hermágoras por distinguir entre "cuestiones lógicas" en las que se utilizan argumentos de razón, y las "cuestiones legales", que constituyen en realidad un subgrupo de las anteriores y versan sobre criterios de interpretación legal. Se admiten cuatro especies o tipos de cuestiones lógicas. Aquellas en las que se trata de dilucidar si un determinado hecho se ha consumado o no. Por ejemplo: dos viajeros han pernoctado en la misma posada; el posadero asesina a uno de ellos para robarle y utiliza a tal efecto la espada del otro compañero de viaje; éste resulta inculpaado, imputándosele el crimen cometido, y se opone a tal imputación negando la comisión del delito que se le atribuye.

Otra especie de cuestión lógica es la llamada *ὄρος*. Se trata aquí de definir y caracterizar un determinado hecho. Así, por ejemplo, el padre de C. Flaminio expulsa de una *contio* de modo violento a su hijo, tribuno de la plebe, por haber proyectado éste una ley agraria que no mereció la aprobación senatorial. Se plantea la cuestión de determinar si este hecho constituye o no un *crimen laesae maiestatis*.

hombres malvados (*pessimorum hominum*) *haec perniciose nocentissimis moribus danda instrumenta et nequitiam praeceptis adiuvare* (Inst. 2, 15, 32). Quintiliano, al definir la retórica como *bene dicendi scientia* coincide con los estoicos, los cuales conciben ésta como *πιστευη η του εδ-λεγειν*, pero el adverbio *bene*, como dice el propio Quintiliano, *et orationis omnes virtutes semel complectitur et protinus etiam mores oratorios cum bene dicere non possit nisi bonus* (Inst. 15, 34; cfr. 1, 9).

20. F. Poland, E. Reisinger y R. Wagner, *Die Antike Kultur* (Teubner, Leipzig, 1922), pág. 40.

21. Vid. Kroll, *op. cit.*, col. 1091.

En las del tercer grupo se plantea y se enjuicia un hecho cualquiera. Puede servir de ejemplo el que cita Cicerón²². Al defender C. Carbo ante el pueblo la causa de L. Opimio, no negó el hecho de la muerte de C. Graco, *sed id iure pro salute patriae factum esse dicebat*. Como se ve, se trata de calificar o enjuiciar un hecho, no de afirmar o negar su realización, *non sit necne, sed qualis sit quaeritur*. En las del cuarto tipo se niega la competencia de un determinado juez, solicitándose al mismo tiempo que otro distinto conozca del asunto²³.

Por lo que se refiere a las *nomikai staseis*, se suelen admitir: 1) *rheton kai dianoia*. Se refiere a los criterios de interpretación, los cuales pueden ser o el de interpretación según las palabras empleadas por el legislador o por las partes que intervienen en la celebración de un negocio jurídico, o el de interpretación según la voluntad de aquél o de éstas. 2) La *antinomia* que supone un problema de interpretación planteado por el tenor contradictorio de dos o varias leyes relativas a un mismo supuesto. 3) La *amphibolia* que ocurre siempre que el tenor de los preceptos de la ley ofrece ambigüedad; y 4) *Syllogismos*, que se utiliza siempre que, por no haber una ley especial y claramente aplicable a un determinado caso, se regula éste por otras leyes que tengan relación con él.

La *stasis* significa propiamente la cuestión que surge de la contraposición de afirmaciones hechas por las partes que intervienen en un debate o litigio cualquiera. Si nos fijamos en el caso antes mencionado del hijo de C. Flamínio, el tribuno de la plebe expulsado por su padre de una *contio*, habrá que distinguir en él la llamada *kataphasis* del actor (el tribuno en este supuesto), en la que éste afirma que su padre ha violado la *sacrosanctitas*, la *maiestas* de su tribunado y la *apophasis* del demandado, en la que éste niega haber cometido la violación que se le imputa. De esta afirmación y negación resulta la cuestión objeto del debate o *setema*, que, en nuestro ejemplo, se concreta en dilucidar si hay o no *laesio maiestatis*. El acusado se defiende haciendo valer las *aitiai* o causas justificativas de su proceder, una de las cuales, en el caso que nos ocupa, sería la alegación de que al proceder como lo hizo C. Fla-

22. Cicerón. *de oratore*, II, 106.

23. Cicerón, *de inv.*, II, 57.

minio ejerció su derecho de patria potestad. A tal argumento opondrá el actor que el ejercicio de un derecho de patria potestad, cuando este ejercicio vulnera las prerrogativas inherentes al tribuno, implica violación de la *maiestas* (*synechon*). La cuestión propiamente jurídica de determinar si el ejercicio del poder paterno contra un tribuno del pueblo, supone o no violación de la *maiestas*, es lo que en la técnica de Hermágoras se llama propiamente *krinomenon*. Hermágoras distingue también la *hypothesis* o caso concreto, tema del debate con las circunstancias todas que lo individualizan (*peristasis*). Cuando se prescinde de la *peristasis* mediante un proceso de abstracción y se considera la cuestión planteada con alcance general, resultan las *theseis*. Estas, como dice Cicerón, no son en realidad otra cosa que controversias *sine certarum personarum interpositione*²⁴. No puede decirse con seguridad si las *theseis* se identifican con el *krinomenon*, la cuestión propiamente jurídica entrañada en el caso objeto del debate, o si se da en este último, como dice Kroll, la nota diferencial de mantener referencia al supuesto concreto²⁵. Con todo, no puede negarse que el caso concreto planteado y la cuestión jurídica general que de este caso se induce, se corresponden evidentemente con la *hypothesis* y la *thesis* de la teoría de Hermágoras.

En cuanto a la Sofística, es indudable que sus concepciones, en lo que se refiere a la interpretación de leyes y negocios jurídicos no dejan de ejercer influjo en Roma; pero, si bien es cierto que los oradores en esta ciudad muy frecuentemente subordinaron criterios éticos e íntimas convicciones a exigencias circunstanciales y al afán de conseguir a toda costa éxitos oratorios, no lo es menos que el Estoicismo consiguió frenar y corregir estas vituperables inclinaciones, efecto de la Sofística, influyendo en más de un orador²⁶ con su doctrina noble y austera.

24. Cicerón, *de inv.*, I, 8.

25. Kroll, *op. cit.*, col. 1095.

26. C. Papirio Carbo fué uno de los mejores oradores forenses. Su oratoria se caracteriza por la fuerza y agudeza de sus argumentos. *Adulescens ingeniosissimus* le llama Cicerón (*Brutus*, 25) y de sus oraciones dice este autor que eran *prudentialae plenissimae* (id. 27, 104). Por otra parte, era este Papirio Carbo *ignarus legum* (*de or.* I, 10 40). Partidario de Cayo Graco, defendió a L. Opimio y sin negar el asesinato de C. Graco trató de

Por esta razón no faltan ejemplos de oratoria forense sobria, objetiva, escueta, puesta al servicio de causas justas²⁷. Precisa reconocer que la probidad oratoria, el *vir bonus dicendi peritus*, no es precisamente lo que en Roma abunda y que la oratoria se nos ofrece allí más bien como el arte de conseguir el fin pretendido, sin excesiva preocupación por la honestidad de este fin y de los medios y recursos al mismo conducentes. La Sofística preconizaba que todos los medios útiles a la consecución del fin propuesto son legítimos y correctos y la única preocupación del orador debe ser la de procurar *ut in iudiciis ea causa quacumque tu dicis, melior et probabilior esse videatur*²⁸.

Sin embargo, no todo lo que la sofística y la retórica han producido es recusable. La retórica griega y la romana elaboraron una teoría de la interpretación sutil y amplísima, que sirvió mucho a los juristas de Roma, y el fino análisis de las circunstancias que concurren en un supuesto fáctico cualquiera, la penetrante agudeza exegética que campea siempre en sus escritos y respuestas, debe, en nuestro sentir, mucho a la formación retórica que la mayoría de los prudentes recibieron.

Consideramos ineludible la tarea de exponer, siquiera sea en sus rasgos fundamentales, la teoría retórica de la interpretación de

justificarlo considerándolo *pro salute patriae factum* (*de or.* II, 199). En su empeño de defender a Opimio llegó a decir: *Si consul est qui consulit patriae, quid aliud fecit Opimius?* Si Graco fue nocivo a la República, Opimio procedió laudablemente: *Si Gracchus nefaire, praeclare Opimius*. No se dan pues en la oratoria de C. Papirio Carbo lealtad a las propias convicciones, consecuencia política y servicio a los altos valores morales, por el contrario, campea en ella criterio acomodaticio y empeño en conseguir el éxito profesional sacrificando a éste toda otra consideración. Es pura estrategia sofística, practicada también por otros oradores. Vid. sobre Antonio lo que refiere Cicerón en *de or.* II, 199.

27. Rutilio, por ejemplo, se defendió con ejemplar sobriedad, *philosophorum more*, sin teatralidad alguna y sin recurrir a resortes emocionales. Téngase en cuenta que corrientemente, el orador, como dice Clarke, es un "melodramatic actor strutting on his stage, thrilling his listeners by the carefully modulated tones of his voice and the expressive movements of his limbs rather than of a model of *gravitas*", Clarke, *Rhetoric at Rome*, (Cohen and West, London 1953) pág. 49.

28. Cic. *de or.* I, 20.

leyes y negocios jurídicos, para que, al conocerla, se pueda apreciar su altísimo valor y su fecundidad en el ámbito propio de la jurisprudencia.

4. LA POSICIÓN DE STROUX

En el Derecho escrito se dan características de fijeza e invariabilidad que imponen una aplicación rígida del mismo. De esta suerte, el Derecho queda encadenado a la fórmula legal. La vida, por otra parte, en su complejidad progresiva, va creando relaciones jurídicas nuevas, no previstas en el precepto positivo, las cuales es preciso regular. Hay que esforzarse constantemente en sintonizar el Derecho con las nuevas exigencias. De aquí la necesidad de la interpretación que Stroux llama supletiva de las normas, la cual no persigue un fin exclusivamente aclaratorio del precepto, sino que entraña más bien una verdadera modelación y reelaboración de la norma, para poner ésta a ritmo y en consonancia con el espíritu de la época. Por esta razón los antiguos juristas que interpretaron la Ley de las XII Tablas fueron llamados con gran propiedad *veteres qui iura condiderunt*²⁹. Si, por una parte, es cierto que la antigua Roma llevó hasta la exageración el formalismo de su Derecho, no lo es menos que la equidad, en función correctora del rigor formalista de las normas de este Derecho, fué también específicamente romana³⁰. El adagio *summum ius summa iniuria*, tan difundido y popular en Roma, sin mencionar expresamente la equidad, alude de un modo claro a la necesidad de la *aequitas* en esa su función suavizadora del rigor y aspereza del Derecho positivo. Esa fecunda oposición entre el precepto positivo que prescinde de lo particular y concreto para conseguir una formulación y alcance generales, y la equidad, que tiene en cuenta el detalle y el matiz y que, por lo mismo, permite una regulación justa del caso, se halla *insita* en la naturaleza misma del Derecho de Roma y en todas sus concreciones históricas³¹.

29. Vid. IHERING, *Geist des röm. Rechts* II, 467.

30. STROUX, *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*. (Postdam 1949) p. 10 y ss.

31. STROUX, *op. cit.* p. 12.

Cicerón se refiere a una forma de injusticia que consiste en la interpretación literal y rigurosa. Cita como ejemplos de esta interpretación *nimis callida et malitiosa* el de aquel *qui cum triginta dierum essent cum hoste indutiae factae, noctu populabatur agros, quod dierum essent pactae, non noctium indutiae*, y el del *arbiter* nombrado por el Senado para resolver las cuestiones de límites surgidas entre Nola y Nápoles, el cual, *cum ad locum venisset, cum utrisque separatim locutum, ne cupide quid agerent, ne appetenter, atque ut regredi quam progredi mallent; id cum utrique fecissent aliquantum agri in medio relictum est; itaque illorum fines sic, ut ipsi dixerant, terminavit; in medio relictum quod erat, populo romano adiudicavit*. Y comentando ambos modos de proceder, concluye Cicerón: *decipere hoc quidem est, non iudicare*³².

Gayo (IV, 30), por su parte, refiriéndose a la impopularidad en que cayeron las *legis actiones*, afirma que ella se debió a la *nimia subtilitas* en que su *interpretatio* se inspiraba.

Las lagunas de que adolece forzosamente la ley, el carácter rígido y abstracto de sus preceptos deben suplirse y adaptarse a los casos concretos, con el fecundo criterio interpretativo basado en la equidad.

5. LA TEORÍA DE LOS "STATUS" EN ROMA

Si consideramos un debate judicial cualquiera, veremos que en esencia éste se reduce a la afirmación de un hecho por una de las partes litigiosas (*intentio*) y a su negación por la otra (*defensio* o *depulsio*), constituyendo lo que los retóricos denominan un *status*. Este no es en realidad otra cosa que el conflicto de las respectivas posiciones de actor y demandado o, para decirlo con las mismas palabras de Cicerón: *prima conflictio causarum ex depulsione intentionis profecta*³³. Sin embargo, reflexionando sobre esta definición ciceroniana, habremos de concluir que lo que constituye el *status* propiamente, no es la antinomia de las respectivas posiciones de actor y demandado, no es la *conflictio* que entraña el binomio *fecisti non feci*, sino, como afirma Quintiliano: *quod ex prima conflictione nascitur, est genus quaestionis: fecisti-non feci: an fece-*

32. CICERÓN, *de off.* I, 10, 30.

33. CIC., *de inv.* I, 10.

rit?³⁴. No es el conflicto, la pugna de actitudes de las partes litigantes, lo que constituye el *status*. Este es propiamente la cuestión que plantean las aseveraciones contrarias de actor y demandado. De la oposición *fecisti-non feci*, surge la cuestión *an fecerit?*, y ésta es, como hemos dicho, el *status*.

El autor del *ad Herennium* hace referencia a las cuatro especies de *status* admitidas ya por Hermágoras: *coniectura*, *finis*, *qualitas* y *trahatio*. En la primera, llamada *constitutio coniecturalis*, se cierra la discusión sobre el punto de si se ha cometido o no un determinado hecho: *fecisti-non feci*. Puede ocurrir que se pretenda definir un determinado acto: precisar, por ejemplo, si la sustracción de un objeto privado cometida en un templo o la sustracción de una *res sacra* en una casa particular es *sacrilegium* o simple *furtum*. Se plantea en tal supuesto el llamado *status definitivus*. Cuando en el *status coniecturalis*, la respuesta del demandado es afirmativa, pero el propio demandado alega la legitimidad de su proceder (*sed iure, recte feci*) se produce el *status qualitatis*. Cuando el demandado, sin oponerse a las razones en que la acción se basa, niega la legitimidad del procedimiento incoado contra él, se da el *status* de la cuarta especie: *alter in iudicium vocat, alter recusat iudicium*³⁵.

Un claro ejemplo de *constitutio coniecturalis* nos ofrece la *oratio pro Sexto Amerino* de Cicerón, la cual puede ser reducida al esquema siguiente:

- A) Tú, Sexto Roscio, has matado a tu padre (*intentio*).
- B) Sexto Roscio: Yo no le maté (*depulsio*).
- C) *Quaestio*: ¿Cometió Sexto Roscio el parricidio?
- D) S. Roscio: No se da en mí motivo alguno que pudiese impulsar a cometerlo y, en cambio, tal motivo concurre en Crisógono y sus parientes (*ratio*).
- E) Tú, S. Roscio, fuiste desheredado por tu padre; se dan en tí, por tanto, motivos de animosidad contra él (*rationis infirmitas*)³⁶.

34. QUINT., *Inst. or.* III, 5.

35. CIC., *de inv.* II, 19.

36. CIC., *de inv.* I, 13, 17-18: *Ratio est ea quae continet causam, quae si sublata sit, nihil in causa controversiae relinquatur... Orestes si accusetur matricidi, nisi dicat: "iure feci illa enim patrem meum occiderat", non habet defensionem.*

F) ¿En cuál de ambas personas, Crisógono o S. Roscio, concurren más motivos, para imputar a uno de ellos, con preferencia al otro, la comisión del parricidio? (*iudicatio*)³⁷.

En la *constitutio coniecturalis*, cuyo esquema acabamos de hacer sirviéndonos del ejemplo que nos ofrece la citada oración ciceroniana, se utilizan, como es lógico, argumentos de probabilidad, esto es, alegación de razones que inclinen a aceptar como probable la comisión por uno de los inculpados y no por el otro, argumentos basados en la moralidad y antecedentes de los presuntos autores, etc.

Ahora bien, si la teoría de los *status* tiene indudable interés en su conjunto y constituye un logrado análisis de las modalidades que puede ofrecer la base fáctica del debate judicial, resulta particularmente interesante el supuesto en que la contienda se centra sobre la interpretación de la ley o del negocio jurídico, más concretamente, cuando de una parte se propugna la interpretación literal y, de otra, la interpretación según la voluntad

Otras veces quienes suscitan la contienda se apoyan en leyes contradictorias o en preceptos que contienen disposiciones antinómicas (*antinomia*) o bien la ley es ambigua y susceptible de variadas interpretaciones (*amphibolia*). Finalmente, puede suceder que uno de los litigantes atribuya a la ley un alcance delimitado y preciso y el otro sustente que la ley adolece de lagunas y que habrán de suplirse éstas recurriendo a otros criterios interpretativos (*sylogismos* o *collectio*).

La doctrina de los *status* es la base de toda la interpretación jurídica de leyes y negocios jurídicos. Es forzoso reconocer la gran finura y perfección que logró y, como dice Stroux, aunque la retórica sólo hubiese influido en la jurisprudencia en aquel ámbito propio de la interpretación, tal influjo justificaría plenamente que en la Historia del Derecho se dedicase al problema de la influencia de la retórica en el Derecho mayor atención que hasta la fecha se le ha dedicado³⁸.

37. BONNER, *Declamation in the late Republic and early Empire* (University Press, Liverpool 1949) pp. 1-4.

38. La mayor perfección teórica y terminológica de la retórica constituye, por sí solo, un argumento en favor del influjo de la teoría retórica de los *status* en la práctica judicial y en la jurisprudencia. Vid. STROUX, *op. cit.* p. 25.

Si estudiamos atentamente la doctrina de los sofistas y retóricos referente a la interpretación, habrá de suscribirse forzosamente la opinión de Stroux y reconocer que nos hallamos frente a una doctrina de la exégesis legal y negocial que ha tenido que influir, por lo sutil y completa, en los juristas de Roma, ya que en la formación y educación juvenil de éstos entró por mucho el estudio de la retórica.

Punto importantísimo de esta doctrina es el que concierne a la interpretación de leyes y negocios jurídicos cuyo sentido es ambiguo. Fijándonos en las conclusiones a que la doctrina llega en este problema y ordenándolas debidamente, destacaremos lo más importante de aquélla y podrá admirarse la perfección lograda concretamente en el esfuerzo por superar la ambigüedad de leyes y negocios jurídicos mediante una interpretación adecuada y justa.

En primer término, la aparente oscuridad de las palabras de la ley o del contrato puede ser superada, atribuyendo a éstas su significación usual. El acertado enlace y conexión de las frases de un texto jurídico, puede en ocasiones permitir su aclaración. El sentido que el legislador o las partes quisieron atribuir a las palabras por ellos empleadas, puede ser descubierto, teniendo en cuenta otros escritos suyos o actos por ellos realizados, género de vida y cuantos antecedentes puedan ser útiles para fijar la acepción precisa de los términos empleados. El sentido del texto ambiguo será aquel que mejor se conforme con los datos que revelan una línea clara en la intención o pensamiento del legislador o de las partes. La consideración de los motivos que sugieren o inspiran la norma o el negocio jurídico puede ser también un valioso auxiliar que nos revele el sentido verdadero del texto ambiguo y asimismo pueden serlo las circunstancias temporales en que éste apareció.

Excelente contraste para conseguir una recta interpretación constituye la consideración de consecuencias que de ésta se derivan. Por ellas podemos, en ocasiones, discernir con seguridad cuál es la interpretación recta y cuál la recusable. Lo mismo sucede cuando podemos probar satisfactoriamente que la interpretación propugnada por el adversario resulta más violenta y menos adecuada que la que nosotros defendemos; *multo minus commode fieri posse quam id quod nos accepimus*; o cuando logramos demostrar que la finalidad atribuída en su interpretación por el adversario a la ley de que se trata constituye el fin específico de una ley diversa: *alia in lege cautum*

*esse doceatur*³⁹. Sirve también eficazmente para contrastar el sentido que se atribuye al texto ambiguo, la fijación de éste, tal como hubiese sido, si el autor le hubiese querido atribuir la significación y alcance defendido por el adversario: *quemadmodum scripsisset si id quod adversarius accipiat, fieri aut intelligi voluisset*. Así también, consideraciones de carácter utilitario o ético pueden, en este mismo supuesto de una ley o negocio ambiguos, constituir excelentes auxiliares para formar nuestro criterio interpretativo⁴⁰. Tales son los principios exegéticos, sumarisimamente expuestos, que deben aplicarse cuando las normas legales o negocios jurídicos ofrecen un sentido ambiguo. Mucho más importante todavía son aquellos otros que se refieren al problema de si la interpretación debe atenerse al significado estrictamente literal de las palabras o, por el contrario, debe esforzarse, a través de éstas, en conseguir fijar la verdadera intención que tuvieron el legislador o las partes que intervienen en un negocio jurídico al emplearlas. Estimo que vale la pena entretenerse en esta grave cuestión, expresada en la retórica latina con el conocido binomio *verba-voluntas* o *scriptum-voluntas*.

6. EL BINOMIO "SCRIPTUM-VOLUNTAS"

Los defensores de la interpretación literal fundamentan ésta con la presunción de que el legislador o las partes de un negocio jurídico poseen la necesaria aptitud para expresar su voluntad de un modo correcto usando de las palabras que reflejan precisamente esta voluntad; también apoyan su postura en el deber del juez de atenerse a lo escrito. El deber del juez es mantener la estricta observancia de las leyes, pues la derogación y enmienda de éstas corresponde al pueblo⁴¹. El caso objeto de interpretación debe ser subsumido dentro del alcance literal de la ley, pues en otro caso *et eos qui iudicant, certum quod squantur nihil habituros si semel ab scripto recedere consueverint*⁴². En la frase que acabamos de transcribir se pone de relieve el peligro de una interpretación vacilante e insegura, si se aban-

39. Cic., *de inv.* II, 40 y 41.

40. Cic., *de inv.* II, 41.

41. Cic., *de inv.* II, 45.

42. Cic., *de inv.* II, 44.

dona el criterio de sumisión a la letra de la ley. Se insiste en el deber del juez de antenerse siempre a la interpretación literal, pues el autor de la ley ha dado conscientemente a su voluntad una forma o expresión vinculante: *nam multo proprius accedere ad scriptoris voluntatem eum, qui ex ipsius eam litteris interpretatur quam illum, qui sententiam scriptoris non ex ipsius scripto spectet, quod ille suae voluntatis quasi imaginem reliquerit*⁴³.

Contra estos argumentos típicos, los partidarios de la interpretación *secundum voluntatem*, se apoyan en la equidad. *Semper is qui contra scriptum dicit*, afirma Cicerón, *aequitatis aliquid afferat oportet*⁴⁴. Los adversarios apuntan a la gravísima consecuencia que se produciría en el supuesto de prevalecer la interpretación según la voluntad, ya que fácilmente se podría invocar la *aequitas* como razón que justificase la inobservancia de un precepto legal. Es la ley, y sólo ella, la que puede relevar en ciertos supuestos y a determinadas personas de su observancia, cuando concurren razones que justifiquen la excepción. El punto de vista de quienes defienden la interpretación *secundum voluntatem*, resultará especialmente recusable cuando la ley o cláusula que se interpreta contenga excepciones expresas de su aplicación y no incluya en éstas el supuesto que aquéllos estiman como caso al que la ley en cuestión no debe aplicarse: *non fuisse ei (al legislador) grave nec difficile eam causam excipere, quam adversarii proferant si quidquam excipiendum putasset; consuesse eos qui leges scribant exceptionibus uti*⁴⁵.

La interpretación *secundum voluntatem*, dicen sus adversarios, *nihil aliud est nisi legem tollere*⁴⁶. En efecto este criterio interpretativo conduce a la inaplicación de la ley a un caso particular, aquel precisamente que se considera fuera del alcance de aquélla según la voluntad del legislador. Entraña tal forma de interpretación el peligro de la inseguridad jurídica, pues con la frecuente invocación de la equidad frente al derecho positivo, *et ipsis iudicibus iudicandi et ceteris civibus vivendi rationis perturbatum iri, si semel a legibus recesum est*⁴⁷. El caso que se considera no incluido en la ley que se

44. Cic., de inv. II, 46.

45. Cic., de inv. II, 45.

46. Cic., de inv. II, 45.

47. Cic., de inv. II, 45.

interpreta, debió ser expresamente exceptuado por el mismo legislador, y no habiéndolo sido ¿puede el juez suplir al legislador creando una excepción que éste no estableció de modo claro y terminante? Si la ley es deficiente, corrija-se por quien constitucionalmente puede corregirla, pues *non hunc locum esse, neque hoc tempus legum corrigendorum; apud populum hoc est et per populum agi convenire* ⁴⁸.

Siempre que sea posible, debe fundamentarse la interpretación según el *scriptum*, probando que la *ratio* y la *voluntas* entrañadas en la ley o en las cláusulas del negocio jurídico, respectivamente, concuerdan con la expresión literal de aquélla o éste: *causae et rationes afferentur, quare et quo consilio ita sit in lege aut in testamento scriptum, ut sententia quoque, et voluntate scriptoris non ipsa solum scripturae causa confirmatum esse videatur* ⁴⁹.

Frente a la posición de quienes defienden la interpretación según las palabras está la de los partidarios de otro criterio interpretativo que sostiene que lo que debe prevalecer es la voluntad del legislador o de las partes. Arguyen éstos que es deber primordial del intérprete escrutar la voluntad del legislador o del testador, por ejemplo, cuando uno u otro han empleado palabras que son inadecuadas para expresarla. La norma contiene un precepto de alcance general, y el caso planteado, el supuesto fáctico de que se trata, es algo concreto y particular. La equidad judicial consiste en indagar la voluntad concreta, *hic et nunc*, del autor de la norma. Esta equidad judicial analiza el contenido de la ley y eleva en su aplicación sobre el tenor literal de ésta ⁵⁰. La voluntad del legislador, se dice, no es la misma *in omne tempus et in omne factum*; varía a tenor de las circunstancias y detalles concretos del caso: *sed ex quodam facto aut eventu ad tempus interpretanda dicitur* ⁵¹. La impugnación de la *interpretatio* literal se basa casi siempre, ya lo hemos dicho, en motivos de equidad y se alega, como razón fundamental de la recusabilidad de esta forma de interpretación, el principio de que lo que la ley se propone siempre es el imperio de la *aequitas*: *demonstrabit nullam esse legum quae aliquam rem inutilem aut iniquam fieri velit*. Este pen-

48. CIC., *de inv.* II, 45.

49. CIC., *de inv.* II, 46.

50. RÜMELIN, citado por STRÖUX, *op. cit.*, p. 36, nota 32.

51. CIC., *de inv.* II, 42.

samiento, tan difundido en la retórica latina, tiene un eco clarísimo en D. I, 3, 25, donde se afirma que *nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producimus ad severitatem*. En defensa de la interpretación según la voluntad, se afirma también que las leyes que regulan el nombramiento de las personas encargadas de juzgar adoptan, relativamente a estos jueces, ciertas garantías de idoneidad en los aspirantes, y esto precisamente para evitar que se esclavicen a la letra del texto legal y puedan, por el contrario, interpretar éste conforme a los dictados de su propio criterio: *ea re legis scriptorem certo ex ordine indices, ut esent, non qui scriptum suum recitarent, quod quisvis puer facere posset, sed qui cogitationem interpretari* ⁵².

Por otra parte, hay casos en que, de seguirse una interpretación literal, se produciría una flagrante injusticia. No es preciso que tales casos sean exceptuados de modo preciso por la ley misma, pues resulta tan evidente la inaplicabilidad de ella a tales casos que puede decirse que éstos constituyen las *tacitae exceptiones* de que nos habla el texto de *de inventione* ⁵³. Valiéndose del conocido símil ciceroniano, dicen los defensores de la *interpretatio secundum voluntatem*, que una casa no podría subsistir *si servolis hoc nostris concesserimus ut ad verba nobis oboediant non ad id quod ex verbis intellegi possit obtemperare* ⁵⁴. Es absurdo querer sacrificar la equidad a la angostura literal de la ley. El legislador quiso salvaguardar siempre la equidad, y para ello es absolutamente preciso indagar cuál fué la voluntad del legislador y no el tenor literal de las palabras de que se sirvió para expresarla. Lo dice también con meridiana claridad un texto de *de inventione*: *quam indignum sit aequitatem litteris urgeri, quae voluntate scriptoris, defendatur* ⁵⁵. Resumiendo los argumentos empleados por quienes defienden la interpretación según la voluntad, dice Cicerón: *leges in consilio scriptoris et utilitati communi, non in verbis consistere* ⁵⁶.

52. Cic., *de inv.* II, 47.

53. Cic., *de inv.* I, 140.

54. Cic., *pro Caec.* 52.

55. Cic., *de inv.* II, 48 y *de legibus.* II, 9.

56. Cic., *de inv.* II, 143.

Fortalece la postura de quien defiende la interpretación según el sentido, la prueba de que el tenor literal del precepto que se interpreta, justifica la interpretación por él defendida o de que, por lo menos, resulta ambiguo el texto legal y tal ambigüedad, autoriza el criterio sustentado por el intérprete: *ex ipsa scriptura aliquid ad suam causam convertere aut ambigue aliquid scriptum ostendere, deinde ex illo ambiguo eam partem, quae sibi prosit defendere*⁵⁷.

7. LA ANTINOMIA

Otro importante supuesto que puede darse en materia de interpretación es el de normas jurídicas contradictorias entre sí. Se trata de superar hermenéuticamente la antinomia o contradicción existente entre ellas y, para conseguirlo, se recomienda en los manuales de retórica latina que se ocupan de este tema, la comparación o cotejo de dichas leyes estimando su respectivo valor moral y la importancia de las exigencias o necesidades públicas a que aquéllas tratan de subvenir. Debe indagarse *utra lex ad maiores, hoc est ad utiliores, ad honestiores et magis necessarias res pertineat ex quo conficitur ut si leges duae, aut plures, aut quotquot erunt conservari non possint, quia discrepent inter se ea maxime conservanda putetur quae ad maximae res pertinere videatur*⁵⁸. En el caso a que nos referimos, precisa distinguir la ley que tiene carácter imperativo de aquella otra que es meramente permisiva⁵⁹; la que es perfecta por ir provista de sanción de nulidad conminada contra el acto que la infrinja, de la que no lo es. En el caso de que ambas leyes contengan sanción pero en grado diferente, debe considerarse preeminente aquella que la contenga más grave⁶⁰. También se recomienda distinguir la ley que contiene preceptos positivamente formulados de aquella otra que contiene prohibiciones⁶¹, pues esta última actúa muy frecuente-

57. Cic., de inv. II, 48.

58. Cic., de inv. II, 59.

59. Deinde utra lex iubeat aliquid, utra permittat; nam id quod imperatur necessarium; illud quod permittitur, voluntarium est (Cic. de inv. II, 49).

60. Deinde in utra lege, si non obtemperatum sit, poena afficiatur aut in utra maior poena statuatur, nam maxime conservanda est ea quae diligentissime sancta est (Cic., de inv. II, 49).

61. Deinde utra lex iubeat utra vetet (Cic., de inv. II, 49).

mente en función correctiva de la que contiene preceptos positivos ⁶². Tampoco poseen idéntico valor la ley general y la especial ⁶³, la que ordena una ejecución o cumplimiento inmediato de la que dispone una *vacatio legis* ⁶⁴. En los casos de antinomia debemos esforzarnos en poner de relieve la claridad literal de la ley preferente, haciendo observar que el alcance de la otra, con la cual ésta se halla en pugna, es ambigua o su sentido puede solamente fijarse, recurriendo a la analogía: *ut sua lex ipso scripto videatur nisi, contraria autem aut per ambiguum per ratiocinationem aut per definitionem induci: quo sanctius et firmitus id videatur esse, quod apertius scriptum sit* ⁶⁵. Se debe procurar sustituir la interpretación del adversario, de la que resulta la contradicción, por otra que resuelva ésta, cohonestando las dos leyes aparentemente contradictorias y respetando su vigencia: *ut si fieri poterit ne discrepare quidem videantur inter se* ⁶⁶.

8. SILOGISMO O "COLLECTIO"

Otro de los medios de interpretación sugerido por la retórica griega y por la latina consiste en suplir las lagunas de la ley mediante un procedimiento lógico de valor concluyente ⁶⁷. *Ex ratiocinatione nascitur controversia, quoniam ex eo, quod usquam est, ad id quod nusquam scriptum est pervenitur* ⁶⁸. Es el procedimiento llamado de analogía, y de él debe usarse con suma cautela. El precepto cuya aplicación se postula en virtud del criterio analógico, debe basarse en la equidad, la cual no permite regular diversamente

62. *Saepe ea quae vetat quasi exceptione corrigere videtur illam, quae iubet* (Cic., de inv. II, 49).

63. *Deinde utra lex de genere omni; utra de parte quadam... nam quae in partem aliquam, et quae in certam rem scripta est promptius ad causam accedere videatur et ad iudicium magis pertinere* (Cic., de inv. II, 49).

64. *Deinde ex lege utrum statim fieri necesse sit; utrum habeat aliquam moram et sustentationem nam id quod statim faciendum sit perfici prius oportet* (Cic., de inv. II, 49).

65. Cic., de inv. II, 49.

66. Cic. de inv., II, 49.

67. Stroux, op. cit., pág. 39.

68. Cic., de inv., II, 50.

casos que ofrecen entre sí un paralelismo o similitud indudables, *Deinde eius rei qua de quaeratur, cum eo de quo constat, collationem eius modi, ut de quo quaeritur, rei de qua constet simili esse videatur*⁶⁹. El procedimiento analógico reconoce como fundamento racional el hecho evidente de la imposibilidad de que la ley prevea todos los casos a que deba aplicarse.

Por otra parte, el alcance general, característico de la ley, autoriza implícitamente la interpretación analógica de ésta. La analogía implica: *coniectura ex eo quod scriptum sit ad id, quod non scriptum sit pervenire: et neminem posse omnes res per scripturam amplecti*⁷⁰.

Resulta altamente instructivo paraugonar, como hace Stroux⁷¹, el texto de *de inventione* II, 50 con otro del Digesto en el que se consagra la interpretación analógica. Establece el primero de estos textos: *multis in legibus multa praeterita esse quae idcirco praeterita nemo arbitretur, quod ex ceteris, de quibus scriptum sit, intellegi possint*. El texto del Digesto a que se refiere Stroux (D. I, 3, 12) es todavía más explícito: *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*. Contra la interpretación analógica se puede argüir que el caso previsto en el *scriptum* no ofrece semejanza alguna con aquel otro al que se pretende aplicar la ley por analogía. El adversario de la aplicación extensiva *similitudinem infirmare debet*, lo que conseguirá probando que *illud quod conferatur ab eo cui conferatur diversum esse genere, natura, vi, magnitudine, tempore, loco, persona, opinione*⁷².

El uso de la interpretación analógica resulta peligroso por la facilidad con que se suelen hallar analogías aun entre los términos y supuestos más dispares. Lo más seguro, se arguye, es atenerse al *scriptum*, pues, diversamente, *periclitari omnis iura*⁷³.

69. Cic., *de inv.* II, 50.

70. Cic., *de inv.* II, 49.

71. Stroux, *op. cit.*, pág. 40, nota 69.

72. Cic., *de inv.* II, 50.

73. Cic., *de inv.* II, 50.

9. CAUSAS FAMOSAS

Tal vez el problema de interpretación que con más frecuencia se plantea sea el enunciado por el binomio *verba-voluntas*. Sirvan de muestra las conocidas *causa Curiana* y la *oratio pro Caecina*. En la primera, el jurista Escévola se manifiesta partidario de la interpretación gramatical y estricta del testamento, tema del debate. No admite Escévola que el sustituto pueda adquirir la herencia, pues, por no haber nacido el hijo que Coponio esperaba, no se da el supuesto previsto de la sustitución como sustitución pupilar; ésta había sido prevista en el testamento para el caso en que, habiendo nacido el hijo, muriese éste antes de llegar a la pubertad, no para el caso en que el hijo que se esperaba no llegase a nacer: *Si pupillum ante mortuus esset quam in suam tutelam venisset*⁷⁴. Lucio Licinio Craso, por su parte, defiende la interpretación *secundum voluntatem*: *Eum qui testamentum fecisset hoc sensisse, quoquo modo filius non esset, qui in suam tutelam veniret, sive non natus sive ante mortuus, Curius (el sustituto) heres ut esset*⁷⁵. Es evidente que se darían interpretaciones sumamente absurdas si, como dice Craso, *neglegerentur voluntates*.

Los antiguos eran, por lo general, partidarios de la interpretación *secundum verba* y los modernos en cambio se inclinaban por la *secundum voluntatem*. Stroux, ante la preponderancia creciente de este criterio interpretativo moderno, dice que el antiguo principio de las XII tablas, *uti lingua nuncupassit...*, etc., debía haber sido modificado y puesto a tenor de las corrientes exegéticas predominantes, sustituyendo la palabra *lingua* por la de *mens*⁷⁶. Es nuestro Quintiliano quien afirma que *semper stari scripto non posse*. En efecto, supongamos que una ley estableciese que *qui nocte cum ferro deprehensus fuerit alligetur*. Con arreglo al tenor literal de esta disposición, si por acaso durante la noche fuese hallado un hombre llevando un anillo de hierro en uno de sus dedos (*cum anulo ferreo inventum*), debería ser prendido por el magistrado como incurso en el supuesto previsto por la ley. No hace falta poner de relieve lo monstruoso de

74. CIC., *Brutus*, 197.

75. CIC., *Brutus*, 197.

76. STROUX op. cit., pág. 44, nota 77.

esta interpretación, pues resulta evidente, como nos dice el propio Quintiliano, *non contineri lege nisi noxium ferrum*⁷⁷.

A Escévola, en cambio, parece capcioso, *quod scriptum esse neglegi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere*⁷⁸. Consecuente con esto, fué defensor de la interpretación literal. En *de oratore*, dice Cicerón de Escévola que *ex scripto testamentorum iura defenderet*⁷⁹, *ut scriptum plurimum valere oportere defenderet*⁸⁰. Con todo, su oración, como observa Stroux, está montada sobre un andamiaje prevalentemente retórico. La postura moderna y atrevida de Craso, en el pleito que origina el testamento de Coponio, puede ser compendiada con precisión en la frase contenida en el Brutus: *testamentorum sententias voluntatesque tutatus est*⁸¹, actitud ésta que para Cicerón significa *patrocinium aequitatis*⁸². El tribunal cetumviral falló el pleito curiano conforme a la tesis sustentada por Licinio Craso y, según nos refiere Cicerón, procedió así porque *Scævolam nemini probasse quod defendebat, quia verbis oppugnare aequitatem videbatur*⁸³. No es admisible que la *aequitas rei* resulte sofocada, estrangulada *verbi laqueo*⁸⁴.

Entresacar los textos en que Cicerón muestra sus claras preferencias por la interpretación subjetiva, equivaldría a transcribir aquí por lo menos, toda su oración en defensa de Caecina. La consecuencia que, según Cicerón, se desprendería en el caso de prevalecer, en el asunto que motiva la citada *oratio*, la interpretación literal, sería la de hacer completamente ineficaz el interdicto *de vi armata*: *Si in verbis ius constituimus, omnem utilitatem nos interdicti, dum versuti et callidi velimus esse amissuros*⁸⁵. Todavía más decisivamente se aboga por la interpretación subjetiva en el pasaje de esta misma *oratio pro Caecina* en el que se afirma: *ex aequo et bono, non ex callido versutoque iure rem iudicari oportere; scriptum sequi*

77. QUINT., *Inst. or.* 6, 7 y 8.

78. CIC., *Brutus*. 195.

79. CIC., *de or.* I, 180.

80. CIC., *de ord.* I, 244.

81. CIC., *Brutus*, 198.

82. CIC., *de or.* I, 242.

83. CIC., *pro Caec.* 67.

84. CIC., *pro Caec.* 83.

85. CIC., *pro Caec.* 55.

calumniatoris esse bonique iudicis voluntatem scriptoris auctoritatem defendere ⁸⁶. La frase *summo iure contendere, summo iure agere*, significa la interpretación literal y rigurosa ⁸⁷ recusada por el conocido aforismo *summum ius saepe summa est malitia*.

La antinomia de los dos criterios interpretativos que acabamos de indicar, se refleja de modo muy elocuente en D. 50, 16, 116 y 35, 1, 40, 5. En el primero de estos textos se plantea la cuestión de si en la frase *Quisquis mihi alius filii filiusve heres sit*, se puede considerar comprendida también la hija. Labeón piensa que no. Próculo, en cambio, la considera incluida. Labeón parece atenerse estrictamente al tenor literal de la frase (*verborum figuram sequi*). Próculo se fija más bien en la intención o *mens testantis*. En D. 35, 1, 40, 5 se refiere el caso de un tal Thermo Minor, el cual designa en su testamento las personas a cuyo arbitrio confía la erección de un monumento. En dicho testamento ordena a su heredero que entregue a los Lucios, Publios y Cornelios la suma de mil *ad monumentum meum aedificandum*. Trebacio estima que la cantidad de mil es, en el aludido supuesto, objeto de un legado cuya eficacia se hace depender de la circunstancia de *quod legatario satisdedissent se ita id monumentum ex ea pecunia facturos*. Labeón suscribe la opinión de Trebacio porque *haec mens testantis fuisset ut ea pecunia in monumentum consumeretur*, y lo mismo piensan Javoleno y Próculo.

* * *

Hemos seguido con algún detalle la exposición de la teoría retórica de los *status* y criterios de interpretación *secundum verba* y *secundum voluntatem*. Estudiando atentamente esta teoría retórica, no puede menos de reconocerse y elogiarse la abundancia y complejidad de su casuística y la finura y sutileza de sus construcciones exegéticas. Si al mismo tiempo tenemos en cuenta las características propias de la obra de los juristas de Roma, resulta difícil negar la conclusión de Himmelschein de que la doctrina elaborada por sofistas y *rhetores* sobre los dos criterios interpretativos que se condensan en el binomio *verba voluntas*, ha debido de influir

86. Cic., *pro Caec.* 65.

87. En esta oratio *pro Caec.*, se dice: *Si contra verbis et litteris et ut dici solet, summo iure conteditur, solent eius modi iniquitati aequi et boni nomen dignitatemque opponere.*

en los juristas, los cuales fueron en su juventud nutridos de aquella doctrina⁸⁸. En efecto, la fase primitiva del Derecho de Roma se distingue por su riguroso formalismo, por esa esclavitud a la letra. Para convencerse, basta leer la oración ciceroniana en defensa de Murena, donde, con indudable gracejo, se ridiculiza ese literalismo que caracteriza esta época primitiva del Derecho romano. Por rendir culto a ese formalismo, la jurisprudencia, según Cicerón, carece de aquella elevación y dignidad propias de otras artes⁸⁹. Superado ese literalismo de la época antigua, aquel rigor formal viene a ser la negación del criterio de la equidad en que debe inspirarse el intérprete y el sacrificio de este criterio en aras de la letra. Es por eso por lo que dice Cicerón que los partidarios de la interpretación literal, *in omni denique iure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt*⁹⁰. Fué precisamente la retórica la que con su teoría de los *status*, con sus sutiles medios de indagación de la voluntad del legislador o de las partes que intervienen en un negocio jurídico, facilitan el triunfo de la equidad en la interpretación del Derecho. Hay un caso en la historia jurídica de Roma que nos parece sintomático, el de aquel ciudadano que consulta a Craso sobre una cuestión que interesa al consultante y no queda satisfecho del *responsum* del jurista, avalado al parecer por la opinión de prestigiosos y antiguos colegas. Descontento acude a Galba, quien opina en sentido contrario a Craso y apoya su parecer en criterios analógicos y argumentos retóricos que sirven para hacer prevalecer la equidad. Es la reverencia a la tradición, el peso de la *antiquitas*, lo que impide que Craso suscriba la opinión de Galba. No obstante, Craso queda impresionado gratamente por la nueva concepción que sirve de fundamento al parecer de este último: *ac tamen concessisse Galbae disputationem sibi probabilem et prope veram videri*⁹¹. Tal vez este pasaje sea ejemplar

88. HIMMELSCHEIN, *Studien zu der antiken Hermeneutica iuris*, en "Symbolae Friburgensis", págs. 373-424 (Leipzig, 1935).

89. *Primum dignitas in tam tenui scientia quae potest esse? res enim sunt parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae* (CIC., *pro Murena*, 27).

90. CIC., *pro Murena*, 27.

91. CIC., *de orat*, I, 239; I, 236; IHERING, *Geist des römischen Rechts II*, pág. 468 y STROUX, *op. cit.*, págs. 54 y sig.

como prueba de utilización por un jurista de expedientes interpretativos que proceden del campo de la retórica, en apoyo de una interpretación que tiene para Craso indudable sabor de novedad. Para Cicerón, C. Aquilio, autor de la fórmula *de dolo malo*, fué un jurisconsulto *qui iuris civilis rationem nunquam ab aequitate seiunxerit*⁹². La nueva generación de juristas se decide, en pugna con los antiguos, por la interpretación equitativa. En la oración en defensa de Aulo Caccina, nos refiere Cicerón que acerca de la cuestión de si el interdicto *de vi* favorecía o no a su cliente, consultó a un viejo jurista, el cual responde que, habida cuenta de la finalidad que persigue el mencionado interdicto, es evidente que le favorecía (*rem et sententiam interdicti mecum facere*, nos dice el orador); si nos atenemos, en cambio, al tenor literal de la fórmula del interdicto, resulta no menos clara la improcedencia de ser invocado éste por Cicerón (*verbo me excludi*). Y añadía el jurista consultado que el criterio interpretativo verdaderamente correcto, era precisamente el literal: *a verbo tamquam posse recedi non arbitrabatur*⁹³. La interpretación se muestra, como se ve, oscilante entre la sumisión al *scriptum* y el obsequio a la equidad, y, por buscar siempre afanosamente esta última, Servio Sulpicio, el insigne jurista “que fué también orador y dominó en todos sus detalles la teoría retórica de la interpretación de las leyes”⁹⁴, consigue cálidos elogios de Cicerón.

10. FORMACIÓN RETÓRICA DE LOS JURISTAS ROMANOS

En el año 100 antes de J. C., la retórica constituye un elemento fundamental e imprescindible en la formación cultural de las clases elevadas. De estas clases procedían, como es sabido, los juristas, y es indudable, por tanto, que éstos recibieron en su juventud un adiestramiento retórico que les familiarizó indudablemente con las finuras exegéticas de los *rhetores*. No es aventurado pensar que de

92. Cic., *pro Caec.* 78; *de off.* III, 60; *Top.* 47.

93. Cic., *pro Caec.* 79.

94. *Paene divina eius in legibus interpretandis, aequitate explicanda scientia... Nec magis iurisconsultus quam iustitiae fuit. Ita ea quae proficiscerentur a legibus et ab iure civili, semper ad facilitatem aequitatemque referebat* (Cic., *Phil.* IX, 16). Vid. también STROUX, *op. cit.*, pág. 59.

estos influjos, de este adiestramiento mental, quedaron al jurista hábitos de precisión en la formulación de las cuestiones, de exposición circunstanciada y clara de los hechos, de distinción sutil y también de seguros criterios hermenéuticos⁹⁵. En este triunfo de la *aequitas*, en la adhesión que a ésta prestan los juristas de la nueva época, en la proscripción de los viejos criterios formalistas, debieron de tener parte, si no decisiva, cuando menos muy preponderante, las doctrinas retóricas de la *interpretatio*.

Por otra parte conocida como es la famosa distinción de la retórica griega entre *hypothesis* y *thesis*. La *hypothesis* consiste en una cuestión cualquiera con todas las circunstancias que la individualizan y concretan; la tesis, en cambio, es esa misma cuestión planteada en todo su alcance abstracto y general, esto es, despojada de sus pormenores de tiempo, lugar, personas, etc. A los términos griegos de la distinción a que nos estamos refiriendo, corresponden los latinos *causa* y *quaestio*⁹⁶.

Todo caso práctico con sus circunstancias concretas y peculiares, pueden entrañar un problema general que resulta de prescindir de las notas particulares y específicas del supuesto fáctico y de plantear la cuestión general y amplia que de éste se desprende⁹⁷. Las *hypotheses* pueden pues convertirse en *theses*. Para Cicerón, la extensión y casuismo inaprehensible del Derecho de los juristas, estriba en que las *responsa* de éstos, reproducen todas las circunstancias, los detalles todos del caso que motivó la consulta y no se elevan a lo genérico, a lo abstracto, al puro terreno de los principios⁹⁸. La Retórica, estableciendo la distinción precisa entre *hypothesis* y *thesis*, hizo posible tratar las cuestiones desde un punto de vista general y con amplio alcance⁹⁹, y esta posibilidad, no obstante la escasa propensión a generalizar propia de los juristas de Roma, fué sin duda por su gran valor dialéctico, más o menos cons-

95. STROUX, *op. cit.*, pág. 25 y sigtes.

96. *Causam esse dicar rem quae habet in se controversiam in dicendo positam cum personarum certarum interpositione. Quaestionem autem eam appellat quae habet in se controversiam in dicendo positam sine certarum personarum interpositione* (CIC., *de inv.* I, 6, 8).

97. CIC., *de or.* II, 141.

98. CIC., *de or.* II, 142.

99. CLARKI, *op. cit.*, pág. 9.

cientemente aprovechada por ellos. El hecho de que la actitud de los declamadores fuese, por lo general, abiertamente contraria a los más inexcusables imperativos de la honestidad profesional y de que adulase servilmente al auditorio, violentando las propias convicciones y sentimientos¹⁰⁰, no constituye argumento convincente para negar el influjo que la retórica ejerció en determinadas zonas de la jurisprudencia y muy especialmente en la de la interpretación de leyes y negocios jurídicos, elaborando unos criterios hermenéuticos difícilmente superables. No es aventurado suponer, por consiguiente, que el seguro criterio interpretativo de los juristas, el rigor dialéctico de sus conclusiones, su diafanidad en distinguir los aspectos y matices que ofrece el supuesto de hecho planteado, se deba, en mucha parte, a su formación juvenil en las escuelas de retórica. Fué en ellas donde los juristas adquirieron el saludable hábito, tan olvidado hoy, de ceñirse al *thema*, de resumir concisa y elegantemente los casos sometidos a digresión en las escuelas. Era una exigencia retórica insoslayable el que la *narratio* o *gestarum rerum expositio*¹⁰¹ fuese *lucida, perspicua, manifesta aperta-brevis* y es indudable que estas cualidades brillan en la ca suística romana. Los llamados *loci communes*, esto es, los argumentos que no son aplicables exclusivamente al caso propuesto, sino que pueden aplicarse igualmente a supuestos distintos¹⁰² fueron ampliamente utilizados por los juristas, los cuales, a su vez, los aprendieron en los años de su formación retórica¹⁰³. Con referencia a la teoría de los *status*, dice Kroll que "si queremos ser justos, precisa reconocer que, aun cuando limitado, los ejercicios escolásticos, poseen un cierto valor en la formación espiritual y jurídica de los alumnos"¹⁰⁴.

En lo que al lenguaje de los jurista se refiere, los retóricos de la mejor escuela como nuestro Quintiliano, preconizaron constante-

100. *Multa autem dico non quia mihi placent sed quia audientibus placitura sunt.* (SÉNECA, *Controv.* IX, 6, 12).

101. *CIC., de inv.*, I, 19, 27.

102. *Nihil habent cum ipsa controversia implicitum sed satis apte et alio transferentur* (*CIC., de inv.* I, 19, 27).

103. Vid. R. VOLKMANN, *Die Rhetorik der Griechen und Römer* (Leipzig 1885), pp. 148-164.

104. KROLL, *op. cit.*, col. 1.122.

mente una equilibrada atención al fondo y a la forma; ni la exclusiva *cura verborum* ni la sola *sollicitudo rerum*, sino el cuidado de los dos elementos, el nervio lógico de la pieza oratoria y la elocución. Esta ponderación, este equilibrio se dan muy relevantemente en los juristas clásicos de Roma, cuyo lenguaje expresa con sobriedad y limpidez un pensamiento preciso y justo¹⁰⁵. Tal vez haya quien piense que precisamente, la dicción por lo general perspicua y concisa de los juristas, no puede derivar de las ampulósidades y exageraciones artificiosas morosamente cultivadas en las escuelas de retórica. Para desvanecer esta objeción conviene tener en cuenta que no todo fueron artificiosidades y rebuscamientos estilísticos en aquellas escuelas, ya que no pocas adoptaron como lema y directriz de sus enseñanzas el conocido pensamiento de Quintiliano: *in dicendo vitium vel maximum esse a vulgari genere orationis atque a consuetudine communis sensus obhorrere*¹⁰⁶.

II. QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI.

La *querela inofficiosi testamenti* aparece a fines de la República. Se trata, como es sabido, de una acción que se substancia con forme a las normas propias del procedimiento extraordinario ante el tribunal centumviral en Roma o como *cognitio*, ante el magistrado o el emperador, en provincias¹⁰⁷. La cuestión que en la *querela* se debate no es propiamente jurídica sino más bien de ética social. Se trata, en efecto, de dilucidar si el hecho de no haber el testador dispuesto de sus bienes en favor de ciertos próximos parientes, pugna o no con el *officium pietatis*¹⁰⁸. En la decisión, jue-

105. La expresión clara y tersa tan conseguida por los juristas de la mejor época es resultado, en parte, de la educación retórica y literaria que recibieron en su juventud; en parte, también de sus personales exigencias de rigor mental y de la índole peculiar de la materia jurídica, para la cual, dicho sea con la frase de Koschaker, "Klarheit und Präzision sind wichtiger als Schönheit". Vid. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht* (München-Berlin 1953) p. 112.

106. QUINTILIANO, *Inst.* VIII, proem. 25.

107. Recuérdese a este respecto la *exheredatio* de Tettio a que se refiere V. Ierrio Maximo, hecha *summa cum iniquitate*. Augusto, como dice el autor citado, *patris patriae animo usus*; ordenó *decreto suo, natum... in bona paterna ire* (VAL. MAX., 7, 7, 3).

108. KASER, *Röm. Recht*, München 1955, p. 592.

ga por mucho, la personal apreciación del juez, lo que permite que la oratoria, esto es, la artística exposición de argumentos que prueben que se ha respetado o vulnerado dicho *officium*, tenga un papel muy relevante. El *color* retórico, utilizado con frecuencia, consistía en suponer que violar el testador, su *officium pietatis* con sus parientes, se debía a padecer aquél en el momento de concebir y redactar su testamento una verdadera enajenación mental, o como decían los griegos una *μανια*. El argumento usado por los oradores para demostrar la presencia en el testador de esa perturbación patológica, que hacía impugnables las disposiciones testamentarias por él adoptadas, era el llamado *color insaniae*. Y así, por haber preterido una tal *Aebutia* a una de sus hijas, sin razón alguna que justificase tal preterición, Valerio Máximo dice de las tablas testamentarias de la testadora, que era *plenae furoris*¹⁰⁹.

Estos casos fueron primeramente resueltos, sin sujeción alguna a principios generales y fijos, apreciando las circunstancias que en cada caso se daban. Si el heredero testamentario acepta la herencia que le es deferida en un testamento que infringe el *officium pietatis*, la consecuencia que esta aceptación produce en la época más antigua es la de ocasionar al aceptante una censura o desconceptuación social. Progresivamente, por presión ejercida por la opinión pública, los juristas empiezan a considerar nulo el testamento que vulnera el deber de piedad con los parientes¹¹⁰. Nada tiene de extraño que los juristas, para llegar a esta consecuencia, hicieran suyos los argumentos de los retóricos, basados en la presunta *μανια* del testador. En el D. 5, 2, 5 hay una clara referencia al *color insaniae* de los retóricos, al decir que en el caso de injusta preterición *res... illo colore defenditur apud iudicem ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret*. En otro texto, se establece la nulidad de un fideicomiso contenido en un testamento inoficioso, dándose como razón justificativa de tal nulidad *quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisset, nec aliud quid pertinens ad suprema iudicia valet*¹¹¹. En el mismo criterio abunda Paulo cuando afirma *nec fideicommiss-*

109. VAL. MAX., 7, 8, 2.

110. KASER, *op. cit.*, p. 592.

111. D. 32, 36.

sa ab intestato data deberi, quasi a demente¹¹². Finalmente, en I, 2, 18 pr. se faculta a los hijos preteridos o desheredados sin causa, para ejercitar la acción *de testamento inofficioso* por haber sido desheredados o preteridos *hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint cum testamentum ordinarent* quienes hubieran otorgado éste.

Schulz, aun reconociendo que el Tribunal centumviral "was the arena for the virtuosi of rhetoric", estima que los juristas supieron distinguir siempre el *testamentum a furioso factum* de aquel otro que es propiamente *inofficiosum*, y cree que el *color insaniae*, aducido explícitamente en los textos del Digesto como fundamento de la *querela inofficiosi testamenti*, es interpolado¹¹³.

12. RETÓRICA Y FÓRMULA PROCESAL.

La retórica comienza a ser elemento básico en la formación cultural de la juventud, en el año 100 a. d. J.C. y como quiera que el procedimiento formulario se inicia con anterioridad a la ley Aebutia, esto es, antes del año 130 a. d. J.C., existe una razón cronológica que excluye la posibilidad de un influjo de la retórica en la construcción y arquitectura de las fórmulas procesales, ya que éstas comienzan a ser utilizadas treinta o cuarenta años antes que la retórica pudiera influir en su creación. Cabe, sin embargo, objetar a este argumento que la estructura de la fórmula procesal pudo muy bien ser influida por la teoría de los *status*, la cual había ya alcanzado en la retórica griega un alto grado de desarrollo y perfección¹¹⁴.

Conforme a la clasificación de los *themata* retóricos hecha por Séneca el *rhetor* existen las llamadas *controversiae* y *suasoriae*. Las primeras plantean una cuestión jurídica, y en apoyo de la solución que se estimaba más adecuada y justa se exponían las respectivas opiniones de los contendientes (*sententiae*). En este género de cuestiones eran ampliamente utilizados ciertos recursos que la retórica proporciona, mediante los cuales se consigue que un aspecto

112. D. 5, 2, 13.

113. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford 1951), p. 297.

114. Steinwenter atribuye la paternidad exclusiva de las fórmulas procesales a los juristas de Roma (*Retorik u. römisches Zivilprozess*, en *ZSS*, vol. 65, p. 74).

desfavorable de los hechos se ofrezca en una perspectiva o proyección más ventajosa para el interesado; que lo que es una flagrante iniquidad, se presente rodeado de circunstancias que contribuyan eficazmente a atenuarla. Son estos recursos los denominados en la técnica retórica *colores*, denominación exacta si se considera que con su ayuda se "colorea" la cuestión planteada del modo que más convenga a la finalidad defensiva o acusatoria del orador y se introducen las circunstancias que agravan, atenúan o excluyen la responsabilidad del inculpado¹¹⁵. En las *suasoriae* se trata de decidir si debe realizarse un determinado acto. Ahora bien, la controversia retórica suele descomponerse en partes llamadas *intentio*, como aquella parte de la fórmula procesal *qua actor desiderium suum concludit* (Gayo, IV, 39), *depulsio*, *quaestio*, *ratio*, *rationis infirmatio*, etc., elementos que, en su nomenclatura y función, guardan evidente similitud con los elementos constitutivos de la fórmula procesal. Y es que, en el fondo, tanto en el ámbito retórico de las controversias como en el propiamente jurídico, se plantean cuestiones de Derecho que requieren la envoltura más o menos característica de una fórmula procesal. Sin embargo, las fórmulas procesales, salvo en los supuestos en que se inserta en ellas la *exceptio* o la *praescriptio pro reo*, no contienen instrumento para la defensa del demandado, y en esto muestra la fórmula falta evidente de paralelismo con la estructura de la *controversia* retórica. La *iudicatio* de los *rhetores* se corresponde mejor con los llamados *praeiudicia* del Derecho procesal romano, ya que en éstos como dice Wenger¹¹⁶ "el jurado decide mediante resolución autortaria si se da un hecho jurídico". Se plantea ante el juez una cuestión que se resuelve por una respuesta afirmativa o negativa de éste. Es evidente, por tanto, la concordancia que existe entre el *praeiudicium* y el *status coniecturalis*. En el *status coniecturalis* de los retóricos, lo mismo que en el *praeiudicium*, la *quaestio*, lo que constituye propiamente el punto sobre que ha de recaer la decisión judicial, es la simple fijación de un hecho, por ej. *an libertus sit*¹¹⁷. Cabe también preguntar si la descomposición de la fórmula procesal en sus elementos constitutivos (*par-*

115. Vid. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani* (Milano 1939), p. 32.

116. WENGER, *Inst. des röm. Zivilprozessrechts* (München 1924), p. 133; URSICINO ALVAREZ, *Curso de Derecho romano*, vol. I (Madrid, 1955), p. 315.

117. GAYO, III, 123.

tes *formulae*), tal como se halla en Gayo, IV, 39, no delata una influencia retórica. Steinwenter afirma que la *exceptio* es una creación de la jurisprudencia¹¹⁸. Ahora bien, creemos que la retórica, con la famosa duplicidad de criterios interpretativos, expresada en el binomio *verba-voluntas*, contribuyó poderosamente a la elaboración de esta doctrina de la equidad, la cual debió de tener una repercusión jurídica y práctica en la fórmula del proceso, con la creación de la *exceptio* como expresión procesal de la equidad y su consideración como parte de la fórmula. La *praescriptio* de los tratados de retórica, la *παράγραφη* del proceso ático, que determina la no admisión por el juez de la demanda del actor sin entrar en el fondo del asunto, ofrece una semejanza indudable con la *praescriptio-nes* de los procesos formulario y cognitorio. Cicerón se refiere a las *exceptiones* al estudiar el *status traslativus*, el cual se da, como es sabido, cuando reconociéndose por el demandado la comisión del acto que se le imputa, se estima por el reo incompetente el tribunal ante el cual se entabló el proceso. En su tratado *de inventione*, dice Cicerón: *Atque in nostra quidem consuetudine multis de causis sit ut rarius incidant translationes et ita ius civile habemus constitutum ut causa cadat is qui non quaemadmodum oportet egerit*, con lo que se alude claramente a la pérdida del proceso por el actor y también probablemente al efecto preclusivo que contra éste produce cuando, como dice el texto ciceroniano transcrito, *non quaemadmodum oportet egerit*¹¹⁹. Ahora bien, la *intentio* del proceso es palabra que corresponde a la *kataphasis* griega, y significa afirmación o aseveración que hace el actor y que con la defensa u oposición del demandado (*depulsio* o *infiliatio*) constituyen la estructura de la *quaestio* o *krinomenon*, que ha de ser resuelta por el juez. Es muy verosímil que, en la técnica jurídica, la afirmación del actor, precedida en la fórmula de la frase *si paret*, fuese denominada *intentio*, adoptando así la nomenclatura usual en las escuelas de retórica. La definición gayana de la *intentio*, empleando como emplea el término de significación un tanto vaga e imprecisa *desiderium*¹²⁰, delata probablemente un influjo retórico.

118. STEINWENTER, *op. cit.*, p. 79.

119. CIC., *de Inv.* II, 19.

120. GAYO, IV, 41.

Steinwenter cree, sin embargo, más lógico derivar la palabra *intentio* de *intendere*, dirigirse contra alguien, apuntar a un objetivo determinado. Esta significación expresa la característica propia de la actividad del actor en el proceso¹²¹. Por lo que se refiere a la *demonstratio*, no hay duda que su uso es frecuentísimo en gramáticos y retóricos. Steinwenter niega, sin embargo, que la *demonstratio* procesal guarde relación con el *genus demonstrativum* (*genos epideitikon*), pero es indudable que, si nos atenemos a la definición gayana de la *demonstratio*, al ser ésta una parte de la fórmula en la que se relaciona o expone la *res de qua agitur*, no obstante la categórica afirmación de Steinwenter¹²², entendemos que ambas *demonstrationes*, la retórica y la procesal, guardan cierta conexión entre sí, la que resulta de su paridad funcional. No advertimos una divergencia radical entre los respectivos conceptos que excluya la posibilidad de que la *demonstratio* en el proceso derive de la *demonstratio* retórica¹²³. Por el contrario, si se prescinde de la mayor generalidad del concepto de esta última, no ofrece duda que su función es coincidente con la de la *demonstratio* procesal, coincidencia que bien pudo justificar una extensa aplicación de la nomenclatura retórica a esta parte de la fórmula.

13. RETÓRICA Y FASE "APUD IUDICEM".

Es en esta fase donde el juez actúa. El juez, según el resultado que arroje la prueba, habrá de determinar en su sentencia si las afirmaciones del actor son o no ciertas, para, en caso afirmativo, condenar al demandado y, en el contrario, absolverle. Ahora bien, el juez no es precisamente un jurista y en la mayoría de los casos es un profano en Derecho y como tal, accesible a influjos más o menos extraños. Los *recuperatores* y *centumviri*, por su elevada clase social, recibieron una formación en la cual entraba por mucha parte

121. El querer derivar la *intentio* procesal de la retórica en la teoría de los *status*, dice STEINWENTER, *op. cit.*, p. 84, es una pura hipótesis.

122. STEINWENTER, *op. cit.*, p. 84.

123. *Demonstratio est, cum ita verbis res exprimitur, ut geri negotium et res ante oculos esse videatur* (*Ad. Her. IV, 55*). *Ab aliis dicitur proposita quae edam forma rerum ita expressa verbis ut cerni potius videatur quam audiri* (QUINT., *Inst. Or. IX, 2, 40*).

la retórica. Además los trámites y desenvolvimiento de la fase *apud iudicem* debieron de ser objeto de una regulación jurídica que no conocemos¹²⁴. Admitida esta regulación y sabido además, como sabemos, que los juristas se ocuparon del *officium iudicis* en lo que concierne al problema del objeto de la acción (*quid veniat in actionem*) y al de la *litis aestimatio*, es evidente que el procedimiento *in iudicio*, en su mayor parte, fué regulado por una tradición, unos usos o práctica, que bien pudo constituir una como *mos iudicarum*. En efecto, Gelio (XIV, 2) refiere un episodio que confirma esta presunción: Habiendo Gelio recibido el nombramiento de *iudex privatus* para un determinado asunto, se apresura a consultar, para cumplir acertadamente su cometido, los libros griegos y latinos que tratan del *officium iudicis*. La *lex Iulia* y los libros de Masurio Sabino no le sirven ciertamente para orientarse y discernir claramente, en el dédalo de argumentos opuestos que crea cualquier asunto o litigio de una cierta complejidad. Reconoce Gelio que, si bien el juez forma su criterio teniendo especialmente en cuenta las particularidades y circunstancias del caso debatido, esto no obstante, *generali tamen quaedam praemonita et praecepta sunt*, es decir, que existen ciertas normas o preceptos de carácter general que el juez debe tener presente para poder, con garantía de acierto, dirimir el litigio planteado. Ejemplo elocuentísimo contiene el pasaje de Gelio a que nos referimos: Un hombre reclama a otro la devolución de un préstamo, el prestamista actor no puede probar su crédito con documentos fehacientes: por otra parte, el prestatario es hombre de vida desastrosa (*spurcissima*, dice Gelio) y exige que le sea probada su obligación (*probari apud me deberi pecuniam datam consuetis modis*); perplejo Gelio ante la dificultad que el caso ofrece, acude en consulta al filósofo Favorino y pregunta a éste *quae observanda forent in officio iudicis*. Favorino instruye a su consultante dándole algunas reglas prácticas aplicables a determinados supuestos. Si, por ejemplo, el juez halla la solución del caso, no por el resultado de la prueba aducida, sino más bien por alguna circunstancia fortuita, cabrá preguntar si *oportet eum* (el juez) *secundum ea quae sciens venit indicare an secundum quae aguntur*. El juez que en el desarrollo de un proceso ve la posibilidad de que las partes transijan, ¿debe, olvidan-

124. Vid. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, p. 14.

do su función estrictamente judicial, asumir la de amigable compo-
nedor? (*pacificatoris partes recipere?*) ¿Debe el juez decir o interro-
gar, si la parte que lógicamente tiene interés en decir o interrogar,
calla? Abona la respuesta negativa considerar que *patrocinari enim
prorsus hoc esse non iudicare*. ¿Debe el juez con sus gestos y acti-
tudes, transparentar sus convicciones en orden al pleito, de tal suerte
que antes de llegar a la sentencia se sepa cuál haya de ser el te-
mor de la misma, revelado precisamente por las manifestaciones del
juez? De esta suerte, va enumerando Favorino en el texto de Aulo
Gelio las cuestiones que pueden plantearse al juez; de ellas prometé
ocuparse más adelante: *quum erit otium dicere quid sentiamus co-
nabimus*.

Respecto al préstamo cuya entrega efectiva no puede ser proba-
da documentalmente, recomienda Favorino al juez que acude a con-
sultarle, seguir el consejo de Catón en la *oratio* que éste pronunció
en favor de L. Turius contra Cn. Gellius. El aludido consejo se apo-
ya en una práctica *a moribus tradita et observata*; a saber: la de que
en todo asunto en que no sea posible la prueba documental ni testi-
fical (*neque tabulis neque testibus planum fieri posit*), se debe inda-
gar cuál de las partes es moralmente mejor y conceder a la que lo
sea, mayor crédito y fidedignidad; cuando las dos partes litigantes
ofrezcan un nivel ético igual, se aconseja creer preferentemente al
demandado (*et si pares essent seu boni pariter seu mali tum illi unde
petitur, credeteretur ac secundum eum iudicaretur*). Constituye la
expuesta una regla importante, consagrada por la tradición y por el
uso, la cual, en cierto modo, es una negación de la facultad que
tiene el juez en casos tales de abstenerse de juzgar para no vio-
lentar su conciencia fallando el asunto que le ha sido sometido sin
estar convencido de la justicia de su solución. Esta facultad que se
ejercita cuando el asunto no ofrece una solución diáfananamente justa
jurando el juez *sibi non liquere* y haciendo así con su inhibición po-
sible que el magistrado designe nuevo juez. Es evidente que en tal
supuesto se produce aquella *traslatio iudici* que corresponde al lla-
mado por los retóricos latinos *status translativus*¹²⁵.

Volviendo ahora al caso del préstamo, Favorino aconseja que,
puesto que *optimus est qui petit* y el demandado en cambio *deterri-*

125. U. ALVAREZ, *Derecho procesal civil romano*, pp. 75 y 376.

mas, debe resolverse el caso en favor del actor. Sin embargo, Gelio estima que fallar el litigio teniendo en cuenta las cualidades morales de los litigantes produce la impresión *cognovisse et condemnasse de moribus non de probationibus*. Gelio no estima correcto tal criterio y por ello se decide a jurar *sibi non liquere* ¹²⁶.

Estas reglas o pautas que da Favorino no son, evidentemente, reglas jurídicas, y por ello el juez no está obligado en modo alguno a seguirlas en su actuación. El juez solamente está vinculado a la pauta que el magistrado le dió al fijarse de modo esquemático mediante la fórmula los términos del litigio. Esto no obstante, resulta claro que el juez, normalmente, se atenderá en el desempeño de su cometido al *usus fori*, el cual debió mucho al influjo de los retóricos.

Sabido es que el juramento voluntario que tiene lugar ante el juez posee un valor probatorio dependiente de la estimación que de él haga el juzgador ¹²⁷. Según Séneca, un tal Albucio, abogado en un litigio de una de las partes, propone —usando de un *schema*, esto es, de una figura retórica—, a Arruntius, representante del adversario, dirimir por juramento el litigio en que son partes (*rem iureiurando transigi*). Arruntio creyendo fundadamente en la seriedad de la propuesta de Albucio, acepta ésta y jura. Entonces Albucio, para invalidar el juramento prestado alega: *non detuli condicionem, schema dixi*, esto es, que había deferido el juramento no con intención seria, sino con la de emplear una simple figura retórica. No obstante la alegación de Albucio, los *centumviri* que intervienen en el pleito se muestran dispuestos a apoyar su sentencia en el juramento prestado por Arruntio ¹²⁸. Steinwenter, comentando esta actitud judicial que rechaza la alegación de Albucio de haber usado un *schema* sin trascendencia judicial alguna, induce de esto la existencia de una *consuetudo fori* que no permitía tomar en consideración el reparo de falta de seriedad o, más precisamente, de irrelevancia jurídica opuesto por Albucio, después de haber convenido éste con su adversario *rem iureiurando transigere*. De ser cierta la inducción de Steinwenter, constituiría el caso expuesto una prueba

126. GEL., *Noct. Att.*, XIV, 2.

127. WENGER, *Inst. des röm. Zivilprozessrechts* (München 1925), p. 117.

128. SÉNECA, *Contr.* VII, *praef.* Vid. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani* (Milano 1938), pp. 549-50.

más de la influencia del *usus fori* en la valoración de la eficacia probatoria del *iusiurandum* judicial ¹²⁹.

Otro caso más claro todavía de vigencia de un *usus fori* es el concerniente a la facultad reconocida al juez de guardar el orden en el proceso que ante él se tramita, concediendo y denegando oportunamente el uso de la palabra y observando en todo momento el principio de la paridad procesal de las partes, pues la observancia de este principio no se regula con preceptos positivos escritos, sino precisamente por normas de origen usual y consuetudinario.

La influencia retórica resulta también evidente en el llamado procedimiento *per libellos*. La necesidad de *ὀριζέσθαι*, esto es, de designar la acción utilizada con la denominación que le es peculiar, corresponde al *επιωματιζεῖν ἀγορῆν διὰ τοῦ νόματος*, todo lo cual evoca el llamado *status definitivus* de la doctrina retórica de Hermágoras, esto es, la controversia que se suscita por la actitud de quien, reconociendo la verdad de los hechos que le son imputados, niega sin embargo la calificación que de los mismos hace quien se los atribuye. Es la llamada *controversia nominis* en la retórica latina.

Todavía más, en esa teoría de los *status* a que antes nos referimos, la *iudicatio*, la cuestión que el juez debe dilucidar, se desprende de la *intentio* y *depulsio* de actor y demandado respectivamente. La nomenclatura usada para designar los elementos de la controversia retórica y la que se aplica para distinguir los términos de la contienda judicial, muestran una notable coincidencia que sugiere la posibilidad de un influjo de aquélla en esta última. Ya la *litis contestatio* no supone, como antiguamente, el acuerdo de las partes sobre la fórmula sino la *prima conflictio causarum ex depulsione intentionis profecta* ¹³⁰.

La *praescriptio* significa, en el proceso, un reparo u objeción opuestos a la acción y que produce el efecto de enervar ésta. Hay también una *praescriptio* o *παράγραφη* que se opone a las declaraciones testimoniales. Con este su amplio alcance, viene a ser la *praescriptio*, lo repetimos, una objeción a cualquier acto procesal que pueda perjudicar al demandado. En este sentido viene a ser equivalente a

129. STEINWENTER, *op. cit.*, p. 90.

130. CICERÓN, *de inv.* I, 8, 10.

dejensio. Esta extensión, que experimenta el sentido originario y riguroso de la *praescriptio* clásica, tal vez obedeció a influjo de la retórica; a tal influjo pudo deberse el hecho de que la *praescriptio* fuese una denominación de sentido genérico, que se aplicase a designar una actuación cualquiera de táctica defensiva en el proceso y que deriva seguramente de la práctica de los *rhetores* ¹³¹.

La significación de la *paragraphe* ¹³² en el proceso griego es un tanto ambigua, pues unas veces denota la obligación del actor de indicar, al margen de la acción que utiliza, el precepto o texto legal en que ésta se apoya; otras se refiere a las objeciones o reparos que opone el demandado, singularmente aquellos que tienen una función impediende u obstativa del proceso. Esta segunda acepción expresa la función propia de la *exceptio* romana (excepción a la regla, excepción a la condena). La doctrina retórica se ocupa de ella en el *status qualitatis*, no como *quaestio absoluta* (*antilepsis*) o negación total de la afirmación jurídica hecha por el actor en su demanda, sino más bien, como *quaestio assumptiva* (*antithesis*) con la que se hacen valer "contra-derechos" del demandado o con la que éste se justifica mediante la invocación de determinadas circunstancias accesorias (*peristasis*).

Como objeción impediende del proceso, la excepción daba lugar a un *status* especial *μεταληψις* llamado *translatio* por los retóricos latinos. Mediante ella se alegan incompetencias judiciales, carencia de legitimación activa, extemporaneidad del ejercicio de la acción. Esta *translatio iudicii* supone siempre una alteración de los elementos del proceso, ocurrida durante la tramitación de éste (muerte de una de las partes o de su representante procesal), la cual exige la rectificación de la correspondiente fórmula; la *translatio* retórica, se refiere, en cambio, a motivos ya existentes al iniciarse el proceso ¹³³. De ello concluye Meyer, la falta de verdadera concordancia entre los términos jurídicos y los retóricos. Para Meyer el influjo más palmario de la retórica en el Derecho se pone de manifiesto en la ten-

131. STEINWENTER, *op. cit.*, p. 110.

132. A la que equivale la *praescriptio* latina.

133. E. MEYER, *Die Quaestionen der Rhetorik und die Anfänge juristischer Methodenlehre*, en ZSS., vol. 68, p. 35.

dencia en favor de la *aequitas* y contra el rigorismo formal y verbalista ¹³⁴.

Es difícil sustraerse a la idea de que todo ese adiestramiento retórico, todos esos múltiples y variados ejercicios a que se sometía la juventud romana de la mejor sociedad, no ejercieran influencia alguna en determinadas zonas del pensamiento jurídico de Roma, tales como las de la interpretación y en los mismos hábitos mentales de los juristas, tan dados al análisis de los hechos, a las distinciones precisas y al lenguaje claro y exacto. Para decirlo con las palabras mismas de Jolowicz: "It would be impossible a priori to suppose that this theory (la retórica) remained without effect on the development of the law when we consider how common it was for the young Roman of the upper classes to be trained in Rhetoric and that sometimes the same man, as in the case of Servius Sulpicius Rufus was famous both as lawyer and as an orator" ¹³⁵.

Pronto se considera natural que los jóvenes estudien τὸς λόγους τε καὶ νόμους. A comienzos del siglo VI, Procopio de Gara recomienda a sus discípulos que empleen el mismo celo en el estudio de las leyes que en el de la retórica. Y si fijamos nuestra atención en la época justiniana, vemos que Triboniano fué *quaestor sacri palatii* y tuvo a su cargo la preparación de las leyes y la resolución de litigios sometidos a la decisión imperial. Todo ello, como dice Kübler ¹³⁶, debía hacerse empleando un "lenguaje elegante, con aquel estilo que mejor se adaptase a la dignidad imperial". Ahora bien, mal puede conseguirse la elegancia del estilo sin un previo y continuado adiestramiento retórico. Steinwenter señala la particularidad que ofrece un texto del Brachylogus, compilación de fines del siglo XI, demostrativa de la influencia que tuvo la retórica en el Derecho. La teoría de los *status* pasa a ser parte viva del Derecho procesal y el ejemplo del *sacrilegium* citado en el Brachylogus es el mismo que utiliza Cicerón en su tratadito *de inventione* ¹³⁷.

134. E. MEYER, *op. cit.*, p. 51.

135. JOLOWICZ, *Academic Elements in Roman Law*, en *Law Quarterly Review*, 1932, p. 81.

136. KÜBLER, *Gesch. des röm. Rechts* (Leipzig 1925), pp. 315 y ss.

137. I, 8, II. Vid. STEINWENTER, en *ZfSS.* 65, p. 104. Esta obra, en general tan ceñida a las fuentes justinianas, contiene el siguiente título XIV:

Cicerón, por otra parte, nos informa de una serie de *oratores* que fueron también juristas. Los más antiguos de éstos aparecen el año 100 a. de J. C. A propósito de Viselio, dice Cicerón: *perfectus in litteris iurisque civilis... tenuit disciplinam*¹³⁸. No obstante, durante la república es raro el hecho de que se dé en la misma persona la doble condición de jurista y de *orator*, y es clara la tendencia a distinguir ambas actividades. Así, la retórica es para Cicerón *alienus vestitus* de la *scientia iuris civilis*¹³⁹ y la ciencia del Derecho es insistentemente llamada por el famoso orador *ministra, ancilla* o *pedisequa oratoris*¹⁴⁰.

Por lo que respecta al Derecho procesal romano, no habiendo, como no hubo, normas jurídicas precisas que regulasen la fase *apud iudicem* del proceso, valorados conforme a su respectiva eficacia los distintos medios probatorios, es indudable que las alegaciones de las partes litigantes y mayormente aún, los discursos de los *patroni* debieron ajustarse a las pautas retórico-dialécticas que acabamos de reseñar. No es violentar la inducción afirmar que el ambiente propio de esta fase procesal debió de caracterizarse por un cierto imperio de los principios elaborados por la retórica. Más aún, las reglas particulares que se refieren a la argumentación oratoria en los elementos que la integran, pensamiento y elocución, las distinciones, la teoría amplia y sutil de la interpretación, debieron de tener aplicación constante en este estadio del proceso. Si se considera, por ejemplo, que por precepto retórico, la parte del discurso en que se exponen los hechos que plantean el caso jurídico (*narratio*), ha de ser *brevis et dilucida* no puede menos de admitirse como más.

De quaestione facti vel iuris seu nominis. Controversia vero triplex est: aut enim erit facti, aut nominis aut iuris. Facti controversia est cum de facto quaeritur, ut "fecisti hoc"? "non feci"; haec a rhetoribus coniecturalis appellata. Iuris quaestio est, cum de facto quidem constat, de iure vero dubitatur; haec generalem et translativam includit. Nominis questio est, cum de facto et iure facti constat de nomine vero eius facti dubitatur: ut si auferatur res sacra de ecclesia, et unus dicat furtum esse, alius sacrilegium appellat. Haec in se definitivam includit vicissim. Se advierte claramente que en este texto se recoge en extracto la teoría retórica de Hermágoras.

138. Cic., *Brut.* 76. 264.

139. Cic., *de orat.* I, 55, 235.

140. Cic., *de orat.* I, 17, 75; 55, 236.

que probable que las exposiciones de hechos contenidos en las obras de los *prudentes*, caracterizadas generalmente por su concisión y claridad, denotan palmariamente una sumisión al canon retórico aludido. *Incipiunt unde necesse erit*, contienen todos los datos y elementos precisos en que se basa y justifica la solución hallada, ordenados con perspicuidad *non perturbate* ni *contorte*¹⁴¹. Nada se omite de lo que se considera esencial. Los juristas cuidan mucho *ne quid quod ad rem pertinet praetereamus*¹⁴² y aun teniendo muy en cuenta la parte que esta concisión y claridad deben a la tendencia realista y práctica de los juristas, ¿cómo negar que las enseñanzas y disciplinas retóricas potenciaron y mejoraron la inclinación de aquéllos a exponer los hechos clara, ordenada y completamente?

En el ámbito propio de la *interpretatio*, la tendencia espiritualista se debió de modo decisivo a la penetración de principios y normas establecidos en esta materia por las escuelas de retórica. Cuando Cicerón, en su tratado *de inventione*, sienta el principio de que las leyes *ad commodum reipublicae referre oportet et eas ex utilitate communi, non ex scriptione quae in litteris est interpretari*¹⁴³, formula una regla exegética de indudable trascendencia. La interpretación viene así orientada con nuevos rumbos, ya que el norte de la labor interpretativa es ahora el *commodum reipublicae*. La conclusión en que se establece tal principio es irreprochablemente lógica, pues como afirma el propio Cicerón *quoniam reipublicae servimus, ex reipublicae commodo atque utilitate interpretamur*; si la medicina —prosigue— ha sido creada *ad corporis utilitatem*, así también las leyes no deben tener otra finalidad *nisi quod reipublicas conducat*¹⁴⁴ y en definitiva *nullam esse legem nisi reipublicae causa scriptam*¹⁴⁵.

Se proscribió el criterio de la interpretación literal: *desinite litteras legis perscrutari* sustituyéndolo por un criterio interpretativo teleológico el cual postula, tener muy en cuenta en la interpretación, la finalidad que la ley que se trata de interpretar, persigue, finalidad

141. El ejemplo de los versos de *Adelphoe*, citados por Cicerón en *de inv.* I, 19, pueden sustituirse por un caso cualquiera de los expuestos por un jurista.

142. *Ad Her.* I, 14 y 15.

143. *Cic.*, *de inv.* I, 38, 68.

144. *Cic.*, *de inv.* I, 38, 68.

145. *Cic.*, *de inv.* I, 38, 69.

que no debe ser otra que la *utilitas reipublicae*, y por ello Cicerón aconseja en *de inventione* al intérprete: *legem ex utilitate reipublicae considerate* ¹⁴⁶.

Influjo claro de la retórica en el Derecho procesal romano prueba a mi juicio el pasaje de la oración en defensa de Fonteio, en el que se dan normas concretas para la acertada valoración de la prueba testifical. A la cuestión—a decir verdad un tanto candorosa—: *potest igitur testibus iudex non credere?* ¹⁴⁷ contesta Cicerón en el aludido pasaje que *non solum potest sed etiam debet*. Si el juez hubiera de aceptar sumisamente la deposición de los testigos sin valorarla ni apreciar su mayor o menor credibilidad, se convertiría la función del juez en una mera recepción pasiva del informe testifical. En este *simplex aurium iudicium*, en este simple juicio auditivo, no habría lugar a distinguir entre el “mero oidor estulto y crédulo y el juez concienzudo y prudente”. No cabe duda de que el juez debe analizar y sopesar la prueba testifical apreciando su eficacia según las condiciones y circunstancias que en el testigo concurren ¹⁴⁸. Si el juez no viniera obligado a tenerlas en cuenta, habríamos de concluir con Cicerón; *nihil erit quam ob rem ille nescio quis sapiens homo ac multarum rerum peritus al res iudicandas requiratur*, pues si se le despoja de esta su obligada función de valorar la prueba, bastaría para que el juez pudiese cumplir su misión que *non surdum iudicem huic numeri et officio praeesse* ¹⁴⁹.

14. SOBRE EL CONTENIDO JURÍDICO DE LAS DECLAMACIONES

Otra de las cuestiones planteadas a propósito de las relaciones entre la retórica y el Derecho romano, es la de determinar si las declamaciones en sus frecuentes referencias a las normas o principios jurídicos, aluden a un Derecho ficticio, imaginado en función de las exigencias del tema retórico, o, por el contrario, a un Derecho positivo verdadero, histórico.

No es posible dar a esta cuestión una respuesta de alcance ge-

146. Cic., *de inv.* I, 38, 69.

147. Cic., *pro Fonteio*, 10, 21.

148. Cic., *pro Fonteio*, 10, 23.

149. Cic., *pro Fonteio*, 11, 24.

neral. Procede realizar un examen casuístico de las obras de los *rhetores* y un cotejo minucioso de las alusiones jurídicas en éstas contenidas, con las fuentes de Derecho romano de que disponemos. Es indudable, sin embargo, que los temas retóricos no fueron siempre hechos imaginarios y supuestos carentes de realidad. Hubo también entre los retóricos una laudable tendencia a tratar en la escuela asuntos de la vida real y algunos juzgados por tribunales romanos. Quintiliano¹⁵⁰ aduce ejemplos que demuestran cómo las *contro-versiae*, esto es, oraciones que versaban sobre casos jurídicos y que contenían las opiniones o *sententiae* de los retóricos en orden a tales casos, no siempre se hallan en flagrante divorcio con la realidad, sino que, por el contrario, en muchas ocasiones, reproducen los casos y situaciones que fueron realmente debatidos y juzgados¹⁵¹. Hasta giros y fórmulas frecuentes en los ejercicios declamatorios han sido considerados por algunos autores como fiel trasunto de fórmulas y frases jurídicas, pero no hay duda de que, habitualmente, el declamador emplea una fraseología jurídica que difiere mucho de aquella otra que es propia de las fórmulas oficiales usadas por los magistrados iudicantes. El declamador suele decir, por ejemplo: *sepulchri violati sit actio*; el *praetor*, en cambio, emplea esta fórmula: *cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo*¹⁵². En los ejercicios declamatorios que versan sobre casos de ingratitud aparece también frecuentemente la frase *ingrati sit actio*, y es evidente que en Roma, aunque la fórmula de la respectiva acción ofreciese, en realidad, una estructura distinta de la que presentan los escritos retóricos, éstos constituyen muchas veces prueba convincente de una realidad histórico-jurídica, deformada tal vez por los declamadores, pero verdadera en el fondo.

En algunos pasajes de Séneca el retórico¹⁵³ vemos establecido el principio de la opción otorgada a la raptada de pedir la muerte

150. QUINTILIANO, *Inst. or.* VII, 4, II.

151. *At in scholis recte et propositionibus et contradictionibus occurrerimus, ut in utrumque locum, id est primum et secundum simul exerreamus* (QUINT., *Inst. or.* V, 13, 50), pues hay que habituarse a "jouer les deux rôles" del proceso.

152. LENEI, *Edictum Perp.*, p. 228.

153. SÉNECA, *Contr.* I, 5; VII, 8; VIII, 6.

de su raptor o contraer con él matrimonio, estando exenta en este caso de la obligación de aportar dote alguna: *Rapta raptoris aut mortem aut indotatas nuptias optet*. La muerte como pena infligida al raptor es, desde luego, conocida en Derecho griego. En Derecho romano la *actio iniuriarum* fué remedio aplicable a este supuesto. En D. 48, 5. 2 se castiga *ultimo supplicio* a quien *vacantem mulierem rapuit vel nuptam*.

En la controversia VI, 3 dice Séneca: *liceat filium ex ancilla tollere legitimum*. Un hijo nacido de esclava y libre, si es reconocido por el padre, tiene en la herencia paterna los mismos derechos que los hijos legítimos. Borneque¹⁵⁴ no admite la vigencia efectiva del principio enunciado, por estimar que, en los tiempos de Séneca, regía la norma: *partus sequitur matrem*. En la época augústea es frecuente el concubinato, y aunque el hijo nacido de concubina no tiene relación alguna de parentesco civil con su padre, puede éste manumitir al hijo esclavo y concederle derechos hereditarios. Confirma tal posibilidad la epístola 69 de San Jerónimo, donde se dice: *multos videmus... ancillas suas habere pro uxoribus, susceptosque ex his liberos colere ut propios*.

Podía ampliarse la enunciación de casos que ponen de manifiesto una cierta correspondencia de los principios jurídicos recogidos por los declamadores, con la legalidad positiva vigente. Como último ejemplo citaremos el que se refiere a un medio ingenioso de asegurar la justa división de un patrimonio entre dos hermanos.

También Séneca en *Contr.* VI, 3 nos lo da a conocer: *Maior frater dividat patrimonium, minor eligat*. San Agustín en *de civitate Dei* (XVI, 20) confirma su vigencia al decirnos *hinc fortassis effecta est inter homines pacifica consuetudo, ut quando terrenorum aliquid partiendum est, maior dividat, minor eligat*. Esta regla que confiere al mayor de los dos hermanos el derecho de hacer la división confiriendo al menor el de elegir, lo hallamos también en el *Sachsenspiegel* (III, 29, 2) y parece que fué recogido en Roma en el Código Decemviral como norma importada del Derecho griego.

154. BORNEQUE, *Sénèque le rheteur, controverses et suasoires* (París 1932) I, n. 308.

En conclusión: El Derecho a que se refieren los declamadores fué sin duda alterado por ellos, pero en forma tal que permite conjeturar en muchos casos el verdadero tenor de las disposiciones vigentes a la sazón ¹⁵⁵.

JURISPRUDENCIA Y DIALECTICA

En los buenos autores se aprecia una evidente coincidencia en considerar la retórica como arte de persuadir basado en un fundamento lógico y dialéctico de cuyo rigor depende la eficacia suasoria. Por esto Cicerón encarece tanto la importancia de la argumentación, cuando elogiando en el *Brutus* a Servio Sulpicio por haber aplicado el método dialéctico a la jurisprudencia, dice, entre otras cosas: *Hic (Servio Sulpicio) enim attulit hanc artem (la didáctica) omnium artium maximam quasi lucem ad ea quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur* ¹⁵⁶. Este elogio ciceroniano de la dialéctica se debe a que Servio Sulpicio Rufo, con esa *lux maxima omnium artium*, intentó sistematizar, dar orden y unidad a la jurisprudencia, tradicionalmente tan casuística y falta de un verdadero sistema. Bien es verdad que esta innovación metodológica de Servio Sulpicio resulta un tanto herética y “desviacionista”, si se tiene en cuenta la vieja tradición de la jurisprudencia romana, su repugnancia a la abstracción y al esquema conceptual: pero, con todo, es indudable que el esfuerzo que esta innovación supuso, merece la cálida alabanza que Cicerón le tributa.

Conviene tener muy presente que los juristas romanos concibieron siempre el Derecho, en función de la utilidad del hombre, *pro utilitate hominum* ¹⁵⁷ y que nunca se propusieron la formulación de un conjunto de verdades o principios de carácter general para construir sobre él un sistema jurídico lógico y bien trabado. Para los juristas de Roma el Derecho es un arte, una τέχνη, y la

155. Vide sobre esta materia BONNER, *Roman Declamation in the Late Republic and Early Empire* (Liverpool, University Press, 1949).

156. CICERÓN, *Brutus* 41, 152, citado por SCHULZ en *History of Roman Legal Science* (Oxford 1946), pp. 68-69 y nota M, pp. 336-337.

157. D. I, 3, 25. Vid. también BIONDO BIONDI, *Arte y Ciencia del Derecho* (Barcelona, 1953), p. 50.

justicia en cuya realización se afanan no es un ideal abstracto, sino una realidad tangible y concreta que se configura de modo especial en cada supuesto. Por ello el estudio del caso con toda la riqueza y complejidad de elementos y matices que en él se ofrecen, resulta imprescindible para hallar la solución jurídica mejor adaptada y, por tanto, más justa, atendida la variadísima peculiaridad de las circunstancias de hecho. De ahí el carácter casuístico de la jurisprudencia romana y tal vez el mayor motivo de las alabanzas que ésta merece. En efecto, el Derecho no es para los romanos un sistema lógico puro; responde más bien a exigencias sociales concretas y mudables, las cuales difícilmente pueden ser encerradas o subsumidas en el rigor estricto de un frío concepto o esquema lógico. El Derecho es para la vida y ésta no es una categoría lógica, sino una realidad exuberante e incoercible a la que deben ajustarse las normas jurídicas si no quieren hieratizarse y morir. Por esta razón resulta un tanto heterodoxa y revolucionaria la actitud de Servio Sulpicio, pugnando por dotar a la jurisprudencia de una arquitectura conceptual y lógica¹⁵⁸.

Con todo, no es menos cierto que la jurisprudencia utiliza todos los medios y conocimientos aprovechables para su objeto y, por esta razón, no resulta tan ambiciosa e hiperbólica como a primera vista pudiera parecer la conocida definición de la misma como *divinarum humanarumque rerum notitia iusti atque iniusti scientia*.

15. GRAMÁTICA Y JURISPRUDENCIA

Refiere Aulo Gelio¹⁵⁹ que si bien Labeón, el gran jurista, descolló en el cultivo del Derecho civil, *cacterarum quoque bonarum artium non expers fuit, et in grammaticam atque dialecticam litterasque antiquiores altioresque penetraverat...* No es extraño que Labeón tuviera aficiones humanísticas. Su pertenencia a la clase senatorial y el hecho de haber desempeñado la pretura, prueban que fué Labeón hombre distinguido y amante del saber y la cul-

158. "Aversion to far reaching abstractions is a characteristic feature of classical law which the historian has to preserve carefully": SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford 1951), p. 7.

159. A. GELL., *Noct. att.* XIII, 10.

tura griegos¹⁶⁰. Para nuestro objeto tiene, sin embargo, mayor importancia lo que el mismo Aulo Gelio nos dice seguidamente en el pasaje que estamos comentando: *latinarumque vocum origines rationesque percalluerat, eaque praecipue scientia ad enodandos plerosque iuris laqueos utebatur*¹⁶¹. Según la referencia de Gelio, Labeón se servía de sus profundos conocimientos sobre etimología para resolver difíciles cuestiones jurídicas (*laqueos iuris*). El verbo *percallesco*, usado por Gelio, significa conocer profundamente, y cuando Gelio nos dice que Labeón utilizaba sus conocimientos de gramática y humanidades *ad enodandos plerosque iuris laqueos*, se afirma que la valoración gramatical, la precisa fijación del matiz semántico de las palabras es considerado por Labeón como medio interpretativo de muy estimable utilidad. Por otra parte, según la doctrina estoica, a la que más o menos explícitamente estuvieron adscritos muchos juristas romanos, la palabra y el objeto por la palabra expresado, se corresponden originaria y naturalmente; de aquí que el conocimiento del origen de la palabra sirva eficazmente para aclarar la idea que ésta expresa. Cuando Servio Sulpicio, por ejemplo, hace derivar la voz *testamentum*, de *testatio mentis*, tal etimología sirve para confirmar que la consideración de la voluntad (*διάνοιά* de los griegos) constituye el criterio decisivo para resolver cualquier duda que surja en materia de interpretación de leyes o negocios jurídicos, pues aplicando la doctrina estoica al caso particular del testamento, la palabra que expresa este negocio jurídico *mortis causa* debe ser expresión de la naturaleza del mismo.

En efecto, en D. 33, 10, 7, para indagar la *sententia* o *voluntas* de un testador que lega una *supellex*, se aconseja tener en cuenta los objetos que "normalmente" suele expresar el testador con la palabra *supellex* al hacer el inventario de su patrimonio doméstico, y esos mismos objetos, conforme a la voluntad o intención del testador así manifestada, son los que deben considerarse contenidos en el concepto expresado por la palabra *supellex* empleada en el testamento. Todo lo que el testador consideró como elementos pertenecientes al ajuar, al hacer el inventario de sus bienes domésticos,

160. W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (Weimar 1952), p. 114.

161. A. GELL., *Noct. att.* XIII, 10.

debe estimarse igualmente expresado con la voz *supellex* usada en el testamento. Pero Servio establece una limitación a este criterio interpretativo. Según él, el *privatus usus verborum*, el uso particular de las palabras, la acepción privativa y singular que demos a éstas, debe ser corregida por la acepción que tienen para el *usus communis*. Vale la pena reproducir el texto: *Verum si ea de quibus non ambigeretur, quia in alieno genere essent ut puta escarium argentum aut paenulas supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere supellectili legata ea quoque contineri; non enim ex opinionibus singulorum sed ex communi usu nomine exaudiri debere.*

La toga es *vestis* y no puede figurar en la *supellex* por mucho que la caprichosa voluntad del testador pretendiera incluirla. Por mero capricho de quien las emplea, no pueden referirse las palabras a géneros totalmente distintos de los expresados usualmente por ellas. Por tanto, en lo que atañe a la indagación y fijación de la voluntad, no puede ser tenido en cuenta el uso personal y caprichoso, totalmente divergente del común y corriente con que las palabras son empleadas, sino que, por el contrario, la acepción usual de éstas, la *Κοινὴ συνήθεια* es un tope que el intérprete nunca debe salvar. Por otra parte, los *vocabula rerum*, por ser *naturalia* y derivar a *communi consensu*, no pueden variar, son *immutabilia*. Los nombres propios tales como Sempronio, Cornelio, etc., son, por el contrario, *mutabilia* porque a *singulorum oriuntur voluntate* (el error en cuanto a estos nombres es disculpable; en cambio, el que consiste en incluir la *vestis* en la *supellex*, no admite excusa).

Tuberón hace todavía mayor hincapié en el examen gramatical. Evidentemente atribuye más importancia que Servio a la *voluntas* en materia de interpretación; parte Tuberón del principio de lo que es para él el lenguaje. Hablar (*dicere*) ¿es mera articulación y enlace de sonidos y palabras o más bien exteriorización de conceptos y expresión de pensamientos? Tuberón considera el lenguaje como manifestación de ideas, como declaración de *id quod mente agitavit*. Ahora bien, al decir de Varro, *quod quis in animo habet* (τὸ νοουμένον), constituye una parte propia y esencial del *dicere*. La *voluntas dicentis*, cuando es claramente cognoscible y no la consideración de las palabras en su empleo más o menos caprichoso, es el elemento decisivo en la interpretación. También el jurista

Celso analiza lo que es *dicere*, y para rebatir la doctrina de Tuberón se sirve de la teoría gramatical de los estoicos.

Distinguen los estoicos entre *λόγος ενδιαιτητός* (palabra interior) y *λόγος προφορικός* (palabra exterior). El lenguaje es para ellos la integración de ambos, de la presentación interna que tiende a exteriorizarse y de la pronunciación y articulación de las palabras externas, que expresa o exterioriza aquella representación. Resulta conforme a los principios sentados por la escuela estoica la primacía que Celso reconoce al elemento intencional sobre la *vox*, si bien, frente a la posición unilateral y exclusivista que adopta Tuberón en favor del elemento interno o intencional, otorga Celso a la *φωνή*, a la voz, al elemento externo, una parte del *dicere*, cuya importancia no puede ser desconocida. El que habla, al escoger la palabra que expresa su idea, está ligado al *νοούμενον*, ha de elegir la palabra propia, adecuada a su pensamiento, el *suum nomen*. Para Celso, la voluntad es el elemento decisivo; pero al exteriorizar esta voluntad, el que habla está, por así decirlo, vinculado, constreñido por la precisión de escoger uno de los *vera rerum vocabula*. El fragmento concerniente a la *legata supellex* suscita una cuestión mucho más amplia, la de la interpretación *secundum verba* y *secundum voluntatem* antes estudiada.

Divide Gayo la materia que trata en sus *Institutiones* en *personae* y *res* y éstas en corporales e incorporeales. Tal división reconoce, según Stroux un origen gramatical. De la gramática pasó, en opinión de Stroux, a la jurisprudencia. En efecto, los substantivos, los *nomina* se agrupan en dos especies, los *nomina propria*, que se refieren a los *hominines personae*, y los *appellativa*, que designan cosas *res*. Los *appellativa* se distinguen a su vez en *appellativa* que expresan cosas corporales y los que designan *res incorporeales*. Todo lo cual ofrece una evidente analogía con la distinción gayana, lo que explica la semejanza con el gramático Charisio.

Vale la pena transcribir el curioso parangón de dichos textos.

Gayo II, 12:
Quaedam praeterea res corporales sunt quaedam incorporeales.

Corporales haec sunt quae tangi possunt velut fundus, homo, vestis, aurum, argentum.

Charisio II, 153 K.:
Altera (species) significat res corporales... altera incorporeales.

Corporales quae videri tanquam possunt ut est homo, terra mare.

*Incorporales sunt quae tan-
gi non possunt quia sunt et
quae iura consistunt sicut he-
reditas, ususfructus, obligatio-
nes.*

*Incorporales quae intellectu
tantummodo percipiuntur ve-
rum neque videri neque tangi
possunt ut est pietas, iustitia,
dignitas.*

El cotejo de estos textos induce a Stroux a admitir, teniendo en cuenta las diversas épocas a que pertenecen Gayo y Charisio, que el jurista pudiera muy bien haberse inspirado en una teoría gramatical vigente en su tiempo, la cual, mucho más tarde, mediado el siglo IV d. de J.C., había sido recogida por Charisio¹⁶².

La jurisprudencia romana cultivaba con evidente predilección el comentario, y Stroux cree que los *szqvwvazta* o comentarios gramaticales, escritos por lo general clara y objetivamente, constituyen un antecedente formal de los comentarios de los jurisconsultos.

J. SANTA CRUZ TEJJEIRO

162. STROUX, en *Atti del Congresso internazionale di Diritto romano* (Roma 1934), pp. 113-132.