

## NOTAS PARA UN ESTUDIO EXPOSITIVO SOBRE EL INFLUJO DE LA RETORICA EN EL DERECHO ROMANO

**E**N las obras de Cicerón, especialmente en las retóricas, hay con frecuencia frases ponderativas del saber jurídico de algunos *oratores*. Para no citar más que una de estas frases recuérdese, por ejemplo, la que aplica a Craso: «Eloquentium iuris peritissimus» (1). Cuando el profesor Schulz tropieza con elogios que como el transcrito exaltan la ciencia jurídica de un *orator*, advierte al lector que debe tomarlos con extremada cautela, por proceder —dice textualmente— «from the mouth of that lover of superlatives» (2).

Y es que el ilustre romanista alemán sustenta la opinión de que en Roma, y en la época ciceroniana, hubo una diversificación característica de las funciones propias de «prudentes» y *oratores*; una especialización de sus respectivas actividades, las cuales fueron deslindadas y acotadas celosamente (3).

(1) *Brutus*, 39, 45.

(2) *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, pág. 44.

(3) Entre los textos que fundamentan esta opinión figura una noticia que nos da Cicerón en su *ad C. Trebatium Topica*. Esta obra, escrita en el ocio de la navegación durante el viaje de su autor de Velia a Rhegium, desarrolla la teoría de la prueba, o mejor de los *loci* o *topoi*, de donde las pruebas pueden extraerse. En ella nos refiere Cicerón que el jurista Aquilio Galo rehusaba siempre las consultas que le eran formuladas sobre cuestiones de hecho; el desenvolvimiento y la prueba de estas cuestiones era reservado a los *oratores*, y por eso Aquilio Galo remitía al consultante que le pedía su parecer sobre una *questio facti* a su amigo Cicerón: «Nihil ad ius, ad Ciceronem», solía decir el jurista. (*Topica*, 12, 51.)

«Grundsätzlich nimmt die römische iurisprudenz den Tatbestand als festgestellt an und beschäftigt sich allein mit der Rechtsfrage» (SCHULZ, *Principien des römischen Rechts*, München-Leipzig, 1934, pág. 22.

En la conocida frase de Aquilio Galo se ha advertido, y creo que con razón, un cierto matiz despectivo para la función del *orator*. Si efectivamente lo hay, como parece, forzoso es convenir en que los *oratores*, por su parte, no se mostraron más deferentes con los juristas. Cicerón, a quien el mismo Schulz considera como hombre representativo de la clase de los *oratores*, estima la jurisprudencia como una *secunda ars*; llama a los jurisconsultos recitadores de fórmulas (*cantores formularum*), y no siente empacho alguno en declarar que la jurisprudencia es *ancillula* o *pedisequa eloquentiae* (4).

Para Cicerón la oratoria abarca un campo extensísimo de conocimientos. Orador, según él, es quien posee todos los registros estilísticos, quien sabe hallar el tono justo para cada tema, y refiriéndose al orador forense dice que «erit eloquens... is qui in foro causisque civilibus ita dicet, ut probet, ut delectet, ut flectat» (5). Cicerón no quiere en el orador la fácil *concinitas* de un verbalismo huero y un gesto de buena calidad histriónica, sino que exige, como buen preceptista y óptimo orador, el nervio de la argumentación sólida y convincente (*ut probet... ut flectat*) y vastedad de conocimientos: «Oratorem plenum atque perfectum esse eum qui de *omnibus rebus* possit copiose varieque dicere» «... Neque quemquam in eo disertum esse posse, quod nesciat...» (6).

De esta amplitud de horizonte cultural y vasto saber que Cicerón exige indispensablemente en el orador no se excluye naturalmente el conocimiento de la técnica del Derecho civil, y así, del elogio de las XII Tablas y del Derecho de Roma, que sirvió eficazmente de superestructura normativa al sistema social y político de un gran imperio, deduce la necesidad de que el perfecto orador sea versado en jurisprudencia: «iis, qui perfecti oratores esse vellent, iuris civilis cognitionem esse necessariam» (7), «ius civile... rem ad privatas causas et ad oratoris prudentiam necessarium» (8).

---

(4) Vid. ob. cit. de SCHULZ, y en su edición inglesa, págs. 21, 43, 53, 71, 76, 108, 119, 123, 271, 323, 342, y CICERÓN, *De oratore*, I, 55, 236.

(5) Vid. SCHANZ, *Geschichte der römischen Litteratur*, vol. VIII, 1, página 292, München, 1898; CICERÓN, *Orator*, 21, 69.

(6) *De oratore*, I, 19, 83; I, 14, 63.

(7) *De oratore*, I, 44.

(8) *Brutus*, 93, 322.

Y efectivamente son frecuentes los casos de conjunción en una misma persona de cualidades relevantes de orador y de jurista (9). De Sexto Aelió dice Cicerón: «Iuris quidem civilis omnium peritissimus sed et iam ad dicendum paratus»; de Lucrecio Vispillo refiere que: «erat —además de orador— in privatis causis et acutus et iuris peritus»; de T. Iuventius, «magna cum iuris civilis intelligentia», y del *auditor* o discípulo de éste, P. Orbius, «in iure autem civili non inferior quam magister fuit». De Viselio Varrón sabemos que «perfectus in litteris iurisque civilis iam a patre Aculeone tenuit disciplinam». Ni son raros tampoco los casos de oradores que conocen perfectamente el Derecho público, o el público y el privado, como aquel Postumio, de quien nos dice también Cicerón que «bene iuris publici leges atque instituta cognoverat», y el padre de Bruto, «iuris quoque publici et privati sane peritum» (10). Ahora bien, aun descontando la innegable propensión a la hipérbole de nuestro orador, resulta difícil negar veracidad a las noticias biográficas que nos proporciona en el *Brutus*. Es evidente que en la época a que Cicerón se refiere fué frecuente el caso del *orator* dotado de conocimientos jurídicos suficientes para no hacer un papel desairado en el foro, y aun admitiendo que la moción de afectos sea tal vez el principal objeto que el orador persigue, y que expresa el verbo *permovere*, usado con frecuencia por nuestro autor, no hay que olvidar que una oración forense sin la medula de una argumentación jurídica sería como dice el propio Cicerón *sonitus inanis*, y que la función de inclinar y conmover al auditorio supone la previa persuasión de éste, y para conseguirla, para convencer en un asunto de índole jurídica, se han de emplear argumentos de esta misma especie. Por otra parte resulta de una certeza incontrastable aquello que Sócrates solía decir: «Omnes in eo quod scirent, satis esse eloquen-

---

(9) Téngase presente lo que advierte KASER acerca de la época en que se escinden las actividades propias de jurista y de orador, atribuyéndose a éste la función propia de la abogacía y reservándose aquél la emisión de informes y la instrucción técnica jurídica de los *oratores*. «Erst in der letzten Zeit der Republik —dice KASER— scheinen sie die Anwaltstätigkeit den Rednern überlassen und sich auf die Erstattung der Gutachten, sowie auf fachliche Instruktionen an die Rhetoren beschränkt zu haben» (KASER, *Röm. Rechtsgeschichte*, Göttingen, 1950, págs. 145-146).

(10) *Brut.*, 23, 48, 178; 48, 178-179; 76, 264; 62, 222.

tes» (11), y por esta razón el perfecto conocimiento del asunto en su doble aspecto fáctico y jurídico, esto es, la *scientia*, es supuesto previo y condición indispensable de la elocuencia forense.

Es, pues, indudable que un *orator* de la época ciceroniana debía poseer conocimientos jurídicos si no quería ver pronto anulada su carrera política con reiterados fracasos en el foro.

\* \* \*

Por un texto de Tácito conocemos con bastante precisión la forma de educar a la juventud para el foro. Trataremos de resumirlo.

El joven, una vez «*imbutus domestica disciplina*», esto es, terminada la educación propiamente familiar, era conducido por sus padres o más próximos parientes a la casa de un orador de nota («*ad eum oratorem qui principem in civitate locum obtinebat*»).

El discípulo acompaña al maestro a todas partes, asistía a sus actuaciones oratorias, escuchaba las discusiones en que su maestro intervenía y aprendía así, en la misma palestra, la técnica nada fácil de las contiendas forenses. De este modo los jóvenes adquirían un gran caudal de práctica oratoria, maduraban su juicio y conseguían seguridad y dominio en este arte complejo y difícil. En las polémicas judiciales, donde no hay frase estulta o inoportuna que no sea rechazada por el juez, criticada o rebatida con acerbidad por el adversario o censurada por los mismos colegas del *orator* que la profirió, se formaba el joven aprendiz («*et in incorrupta eloquentia imbuebatur*»).

Así los jóvenes conocían a los abogados de mayor nombradía y disponían del mejor contraste para apreciar sus cualidades y defectos: el juicio insobornable del público asistente a los debates. Este veredicto popular sobre los oradores era lo que les consagraba o anulaba para siempre, y por eso Cicerón desea como supremo e infalible refrendo de sus cualidades oratorias conseguir la consagración del pueblo como orador. Lo manifiesta en el *Brutus* (49, 185; 50, 186): «*Eloquentiam autem meam populo probari velim*», y «*id enim ipsum est summi oratoris summum oratorem populo videri*».

---

(11) *De or.*, I, XIV, 63.

En la formación del *orator* no puede prescindirse del «*praeceptor optimus quidem et electissimus*», el cual con su buen gusto y sus consejos, basados en los buenos modelos y en la experiencia, completaba con innegable eficacia la formación del aprendiz.

Este *oratorum discipulus, fori auditor*, espectador y oyente de los procesos, se educaba con la ajena experiencia («*eruditus et adsuefactus alienis experimentis*»). Al propio tiempo se familiarizaba con las leyes, oyendo las citas que de ellas se hacían («*cui cotidie audienti notae leges*»), y si no carecía de dotes naturales pronto adquiriría el necesario adiestramiento para encargarse con éxito de acusaciones y defensas.

Las noticias que Tácito nos suministra en el resumido pasaje que precede no son ciertamente lo bastante minuciosas para que por ellas podamos conocer con el detalle deseado lo que constituía el fundamento técnico de la formación del *orator*, pero sí lo suficientemente amplias y generales para que nos sea dable colegir que la educación retórica preponderaba sobre la instrucción jurídica y que la finalidad de esta formación era de carácter eminentemente pragmático, avezando al joven aspirante a las lides forenses y proveyéndole de los precisos recursos oratorios para la polémica.

Como es sabido, en la época de Cicerón gozaban los *oratores* de gran prestigio. El foro era el lugar adecuado para despuntar el joven con vocación y aptitudes políticas; allí se curtía en la lucha, o para decirlo con las mismas palabras de Tácito, «*pugnare in proelio disceret*» (12). Durante la República los más grandes hombres de Roma, con muy pocas excepciones, fueron expertísimos en la práctica del foro. La profesión de abogado era ejercida gratuitamente («*ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat*») (13) para mantener alto el decoro de este oficio y para evitar que nobles actividades como éstas *hoc ipso possint videri vilia, quod pretium habent* (14).

Volviendo ahora a la frase de Cicerón contenida en *De oratore*, con la que estigmatiza la ciencia del Derecho al considerarla como *ancillula o pedisequa eloquentiae*, ¿debemos creer que se trata de un remoquete inspirado en la alta estima que sentía su autor por

(12) TÁCITO, *Dialog. de orat.*, XXXIV.

(13) PAOLI, *Urbs.*, págs. 197 y sigs.; TÁCITO, *Ann.*, XI, 5, 3.

(14) QUINTILIANO, *Inst. or.*, XII, 7, 8.

su propia condición de *orator*, pareciéndole, en parangón con ésta, la de jurista de calidad inferior y subordinada, o antes bien este pasaje de *De oratore*, reduciendo lo que tiene de hiperbólico y extremoso a sus precisos términos, es una clara alusión al influjo que la retórica tuvo en ciertos ámbitos de la ciencia del Derecho?

\* \* \*

No pretendemos —sería absurdo— originalidad alguna al plantear esta cuestión tan estudiada. Queremos tan sólo hacer una labor meramente expositiva. No nos dirigimos a los especialistas y hacemos nuestro el consejo que Ovidio da a su libro: «*Ut satis a media sit tibi plebe legi*» (15).

Es evidente que en el antiguo Derecho romano, y en lo que se refiere a los negocios jurídicos, predominó la interpretación de éstos según las palabras en ellos usadas. Conforme a esta llamada por Ihering *Wortinterpretation*, todo lo que es querido debe ser expresado, porque lo que se quiere y no se expresa no es tomado en consideración. Por el contrario, lo que se expresa, aunque no se quiera o no se quiera con el alcance que le atribuye la expresión empleada, se ha de aceptar en el literal y estricto sentido de las palabras. Ihering da un ejemplo característico que revela esta esclavitud a la letra propia de la época primitiva del Derecho de Roma. Si un ciudadano instituye en su testamento heredero único a un esclavo suyo da a entender claramente con esta institución que quiere al mismo tiempo manumitirlo, pues para que sea heredero es condición precisa que sea libre. Ahora bien, institución de heredero y manumisión *ist Zweierlei*, como dice Ihering; esto es, dos cosas distintas. Se trata de dos disposiciones independientes entre sí, y como las palabras del testador se refieren tan sólo a una de estas cosas la consecuencia lógica que de ello deriva es que el esclavo no puede ser libre, ni por tanto heredero (16).

El titular de una servidumbre *itineris* se reserva el derecho a reparar la senda, y este derecho comprende naturalmente el de

(15) *Trist.*, I, 1, v. 88.

(16) JUSTINIANO establece: «*Ex ipsa scriptura institutionis etiam libertas ei (al esclavo) competere videtur*» (*Inst.*, I, 6, 2).

llevar los instrumentos y materiales precisos al lugar donde haya de efectuarse la reparación; así lo entiende en Roma la jurisprudencia avanzada, pero no la primitiva, pues ésta exige una cláusula expresa en la que se disponga que a quien introduzca en el fundo sirviente los materiales y útiles precisos para la reparación del *iter* no le sea opuesta violencia alguna para impedirlo: «adportanti vis non fiet» (17).

Los peligros que esta literalidad entraña son evidentes. «Si una de las partes contratantes, coincidiendo plenamente con la otra en lo que se refiere al alcance de los derechos y obligaciones derivados del contrato, acierta, sin embargo, a dar de acuerdo con su propio interés una expresión más amplia o más estricta a la formulación del convenio, será tal expresión la que prevalecerá, sin que importe nada el divergente acuerdo interno de las partes.

Es esta la llamada por Cicerón *interpretatio malitiosa*, el *summum ius*, que como reza el adagio determina también la *summa iniuria* (18).

Este problema de la *interpretatio* se plantea también, como es natural, respecto a las leyes, y con tanta mayor fuerza cuanto que en éstas un uso inadecuado de las palabras puede causar gravísimo perjuicio a incalculable número de personas. En la consideración a esta mayor gravedad y alcance del daño puede radicar la razón de que siendo por principio idénticos los criterios interpretativos en los negocios jurídicos y en las leyes, la jurisprudencia suaviza desde muy antiguo el rigor de la *Wortinterpretation* aplicada a estas últimas. La actitud de la jurisprudencia antigua frente a la norma legal no es, como dice Ihering, *einer rückhaltslosen Unterwerfung unter den Buchstaben desselben*, sino elástica y libre (19).

El proceso por el que se llega a estimar la *Wortinterpretation*

(17) *D.*, 43, 19, 4.

(18) *De off.*, I, 10.

(19) La finalidad que esta interpretación libre y elástica perseguía era, como declara el propio IHERING, «den Bedürfnissen des Lebens und den Anforderungen der Zeit anzupassen», porque sacrificar la letra a la vida el esquema abstracto a las realidades concretas, es «die natürliche Reaction des gesunden Rechtsgefühls gegen eine eclatante Missachtung seiner selbst von seiten der Gesetzgebung» (*Geist des Römischen Rechts*, II, 2, München, 1923, páginas 449-469).

como «nimis callida iuris interpretatio» (20) ha sido objeto en estos últimos años de profundos estudios y de apasionadas discusiones. Los trabajos de Stroux, de Lanfranchi, de Steinwenter y de Meyer, por no citar sino los más destacados y recientes, constituyen una prueba elocuente del interés que suscita el problema del influjo que las doctrinas retóricas hayan podido ejercer en diversos campos de la ciencia del Derecho (21). Quisiéramos ahora esbozar esquemáticamente este proceso.

\* \* \*

Según las escuelas de Retórica, en toda controversia hay una afirmación (*accusatio* o *intentio*) y una contradicción (*defensio* o *depulsio*). Teniendo en cuenta la actitud de cada una de las partes litigantes los abogados plantean la cuestión debatida ajustando su intervención al interés de sus respectivos patrocinados. Esta cuestión, así planteada, entraña un problema jurídico, el cual ha de resolverse mediante la sentencia. *Acusación*: «Tú has matado.» *Defensa*: «Yo no he matado.» *Cuestión*: «¿Es el acusado autor de la muerte que se le imputa?» (22).

Los supuestos fundamentales que constituyen el esquema fáctico de la cuestión son llamados por los retóricos *ἔτασις*, y por los latinos *status*. El ejemplo anterior puede reducirse a la fórmula *fecisti-non feci*, expresiva del denominado *status coniecturalis* (23), o *quaestio facti*.

En cambio, si la réplica es *feci sed iure, recte feci*, como quiera que el hecho es confesado, pero se discute la cualidad jurídica o antijurídica, correcta o incorrecta, del mismo, la cuestión aquí implicada constituye el llamado *status qualitatis*, porque como dice Cicerón «qualis sit res quaeritur» (24).

(20) *De off.*, I, 33.

(21) STROUX, *Summum ius summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio iuris*, Postdam, 1949; LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, Milano, 1938; STEINWENTER, *Rhetorik und römischer Zivilprozess (Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte) (Romanistische Abteilung)*, volumen 5; ERNST MEYER, *Die Quaestiones der Rhetorik und die Anfänge juristische Methodenlehre* (la misma revista, vol. 68).

(22) STROUX, ob. cit., pág. 23.

(23) QUINTILIANO, *Inst. or.*, III, 6. 73.

(24) CICERÓN, *De inv.*, I, 8.



Si, por ejemplo, alguien sustrae una *res privata* de un templo o una *res sacra* de una casa particular, ¿comete *sacrilegium* o simple *furtum*? Como la cuestión que en este caso se plantea ha de decidirse por la *definición* del hecho, «quia vis vocabuli definienda verbis est, constitutio definitiva nominatur». Donato la llama *causa finalis*, de *fine*, porque en realidad se deslinda y fija el concepto que la palabra expresa (25).

Cuando el adversario opone que no es el actor quien puede legítimamente intentar la acción o que no debe intentarla contra la persona a quien ha demandado, o que no es competente el tribunal que interviene, o que es extemporáneo el ejercicio de la acción, o que no se pide la aplicación de la ley o la imposición de la pena procedentes, estamos frente a una *constitutio traslativa*, «quia actio translationis et commutationis indigere videtur» (26).

La retórica ofrece una agrupación completa y sistemática de las cuestiones y controversias, así como una terminología propia y precisa. Por otra parte, en el año 100 a. de J. C. el arte de la retórica constituye objeto de obligado estudio para las personas pertenecientes a la clase social de que procedían por regla general los juristas, y es poco lógico suponer que un romano conspicuo que consigue como coronamiento de su carrera la *auctoritas* del jurisconsulto haga tabla rasa en su mente de sus juveniles estudios retóricos e impermeabilice su *modus operandi* contra todo influjo de aquella técnica tan acabada de los *rhetores* (27).

Los *status* antes enunciados no son todos los posibles. Es muy frecuente y muy importante para nuestro objeto la controversia que recae sobre la interpretación de la ley cuando una parte defiende su interpretación estricta o verbal y la otra la que se apoya en la *mens legis*. También puede surgir otro tipo de cuestión cuando cada una de las partes fundamenta su respectiva posición en leyes entre sí contradictorias o en disposiciones antinómicas de una misma ley, o cuando el tenor de la disposición legal es ambiguo y las partes sustentan diversos criterios interpretativos, o cuando una parte se apoya en el alcance escueto de la ley y la

---

(25) «Finitio igitur rei propositae propria et dilucida et breviter comprehensa verbis enuntiatio», dice QUINTILIANO (*Inst. or.*, 7, 3, 2).

(26) *De inv.*, I, 8.

(27) STROUX, ob. cit., págs. 25 y 26.

otra sostiene que hay en ésta en una laguna, la cual debe suplirse mediante un razonamiento (*syllogismus, ratiotinatio, collectio*).

Cuando la expresión legal no es clara habrá de utilizarse como elemento aclaratorio eficazísimo el valor usual de las palabras empleadas. «Primum, si fieri poterit, demonstrandum est non esse ambigue scriptum, propterea quod omnes in consuetudine sermonis sic uti solent eo verbo uno, pluribusve in ea sententia in qua is, qui dicet, accipiendum esse demonstrabit» (28).

La conexión o enlace de las oraciones aclara también el sentido del precepto. «Quae autem ex omni considerata scriptura perspicua fiant, haec ambigua non oportere existimari» (29). Se aconseja también para aclarar el precepto ambiguo tener en cuenta otros escritos, dichos, hechos, la vida misma del *scriptor*.

No es posible sin incidir en enfadosa prolijidad seguir con detalle todas estas reglas retóricas de hermenéutica, las cuales lleguen en su finura y penetración hasta recomendar para fijar el sentido de la norma, cuando ésta no ha sido claramente expresada, tener presente los rasgos más salientes y característicos de la personalidad del *scriptor*, las circunstancias de lugar y tiempo en que la ley fué dada (30), y para corroborar la propia interpretación la consideración del absurdo que derivaría en el supuesto de prevalecer la interpretación propuesta por el adversario (31): «Si id quod adversarius intelligat multo minus commode fieri posse quam id quod nos accipimus.» También las consideraciones de carácter ético o utilitario son provechosos auxiliares en la tarea interpretativa.

\* \* \*

Cuestión muy debatida entre los retóricos fué la del problema interpretativo que se enuncia mediante el conocido binomio *scriptum-voluntas*, y que se plantea con ocasión de la interpretación de las leyes, testamentos, *stipulationes* y demás negocios jurídicos formales. Los términos de esta controversia aparecen con meridiana claridad en este pasaje de Cicerón: «Ex scripto et senten-

(28) *De inv.*, II, 40, pág. 106: Patavii, 1753.

(29) *De inv.*, II, 40.

(30) *De inv.*, II, 41.

(31) *De inv.*, II, 40.

tia controversia consistit, cum alter *verbis ipsis*, quae scripta sunt utitur; alter ad id, *quod scriptorem sensisse dicet ommem adiungit dictionem*» (32).

Los partidarios de la interpretación *secundum verba* arguyen que el *scriptor* (ha de tomarse esta palabra en una acepción amplia, que comprenda no sólo al legislador, sí que también al testador, al que interviene como parte en un negocio formal) ha dado a su voluntad una expresión *juridicamente obligatoria*; que la interpretación *secundum voluntatem* atenta a la seguridad jurídica, porque «eos qui iudicent certum quod séquantur, nihil habituros, si semel a scriptor recedere consueverint» (33). Los defensores de la interpretación literal pueden —dicen ellos— proclamarse intérprete de la voluntad con más razón que quienes así se llaman, porque los defensores de la interpretación *secundum verba* inquieren la voluntad del *scriptor*, *ex ipsius litteris*, y no de presunciones subjetivas o como dice Cicerón *domesticis suspicionibus* (34). La invocación de un criterio interpretativo apoyado en la *voluntas* y defendido con razones de equidad o con la alegación de que el propio legislador lo aprobaría si hubiera previsto el caso pugna con el principio de que ninguna legislación tolera la infracción de sus preceptos, por razones de equidad o de presunto Derecho. Cuando la ley reconoce la posibilidad de su no aplicación lo hace de un modo expreso, consignando excepciones («*Consuevisse eos, qui leges scribant, exceptionibus uti*») (35). Cuando la ley contiene excepciones que no pueden servir de fundamento al adversario o cuando otras leyes del mismo legislador contienen excepciones y la que es objeto de interpretación, en cambio, no las contiene, debe de presumirse la falta de éstas intencionada en el legislador (36).

En realidad —prosiguen los partidarios de la interpretación literal— quienes quieren que prevalezca la *voluntas*, por exigirlo así la *aequitas*, no interpretan la ley, sino que la incumplen: «*Nihil aliud est nisi legem tollere*» (37). Además la posición cons-

(32) *De inv.*, II, 42.

(33) *De inv.*, II, 44.

(34) *De inv.*, II, 44.

(35) *De inv.*, II, 45.

(36) *De inv.*, II, 45.

(37) *De inv.*, II, 46.

titucional del juez no permite a éste «iudicare contra legem». El ordenamiento constitucional de un Estado exige que la ley sea cumplida conforme a la *voluntad legal expresada con sus propias palabras*, sin que quepa atribuir al juez las facultades que corresponden al legislador; por tanto, mientras éste no modifique la ley el juez debe ejercer su función con sujeción estricta al tenor positivo del precepto legal (38).

El punto de vista *contra scriptum* es defendido alegando que la ley quiere ante todo la realización de la equidad: «Nullam esse legem quae aliquam rem inutilem aut iniquam fieri velit» (39). Esta idea ciceroniana se desarrolla y completa en el Digesto, 1, 3, 25: «Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem».

En el orden de la vida pública como en el de la doméstica no se puede ejecutar una orden rectamente atendiendo tan sólo a su sentido literal: «Imperium domesticum nullum erit si servolis hoc nostris concesserimus, ut ad verba nobis oboediant, non ad id quod ex verbis intellegi possit obtemperarent» (40). El concepto ciceroniano de la ley es favorable también a la interpretación según la voluntad: «Leges in *consilio scriptoris* et utilitate communi, non in verbis consistere» (41).

En orden a las leyes antinómicas, para tratar de resolver la contradicción en que se hallan, se aconseja compararlas para de su cotejo deducir cuál de ellas responde mejor a las exigencias morales y utilitarias de la comunidad y atribuirle la primacía. Se utiliza también el criterio cronológico, teniendo la ley posterior en favor suyo la presunción de vigencia preferente sobre la anterior, el criterio de la sanción con que se castiga la infracción legal; etc. La ley especial constituye frecuentemente una excepción con la que se corrige el defecto de excesiva amplitud de que adolece la ley general. La ley clara y precisa prevalece sobre la oscura y ambigua.

En cuanto a las lagunas de la ley se suplen éstas por el pro-

(38) *De inv.*, II, 45.

(39) *De inv.*, II, 47.

(40) *Pro Caecina*, 52.

(41) *De inv.*, II, 48.

cedimiento lógico de la analogía, basado en razones de equidad. El fundamento de este medio supletorio lo expresa Cicerón al decir: «Neminem posse omnes res per scripturam amplecti» (42). El peligro que entraña este procedimiento supletorio es el de forzar la similitud de los casos, que sirve de fundamento a la interpretación analógica.

\* \* \*

Esta gran discusión de los retóricos sobre si debe prevalecer el *scriptum* o la *voluntas* tiene una significativa repercusión en el campo del Derecho. Ejemplo muy expresivo de esta repercusión (43) es la llamada *causa curiana*.

Los términos de la causa son de sobra conocidos. Manlio Curlio es designado por Coponio en el testamento *secundus heres* para el caso en que los hijos *nascituri* del testador murieran antes de llegar a la pubertad. Tales hijos son los instituidos por Coponio en primer grado. Como quiera que los hijos de Coponio no llegaran a nacer, los agnados del testador sostienen que falta el supuesto esencial de la sustitución. Por el contrario, el sustituto sostiene la aplicabilidad de la sustitución tanto al caso previsto expresamente de que los instituidos hubieran nacido y muerto antes de llegar a la pubertad como al supuesto de que no hubieran nacido. La posición de los agnados era defendida por Scaevola, el cual «ex scripto testamentorum iura defenderet negaretque, nisi postumus et natus et, antequam in suam tutelam venerit, mortuus esset, heredem eum (Manlio Curio) esse posse». Craso defiende los intereses del sustituto, pues según este famoso abogado el testador *quiso* (*hac tum mente fuisse*) «ut si filius non eset qui in suam tutelam venire, M. Curius esset heres» (44).

Esta interpretación basada en la *voluntas* es ya una interpretación netamente jurídica y representa el *patrocinium aequitatis*, y, por tanto, una tendencia más moderna que la que significa la interpretación de Q. Scaevola, basada en el *scriptum* (45).

(42) STROUX, ob. cit., págs. 24 y sigs.

(43) STROUX, ob. cit., pág. 42.

(44) *De oratore*, I, 39, 180. Una clara alusión a esta causa, aunque sin indicación de los nombres de los protagonistas, hállase en *De inv.*, 2, 42.

(45) *De or.*, I, 242.

En la *oratio pro Caecina* Cicerón reacciona, como dice Stroux, contra el sutil abuso de la letra («gegen einen spitzfindigen Missbrauch des Wortlautes») (46). Abundan en esta famosa pieza oratoria las censuras contra la interpretación verbalista: «Scriptum sequi calumniatoris esse» (47). En cambio es propio del buen juez —dice Cicerón— «voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere» (48). La teoría aristotélica de la *aequitas* se abre paso en la jurisprudencia utilizando la retórica como vehículo (49).

Conocido es el ritualismo y la esclavitud a la letra que caracteriza al sistema procesal de las acciones de ley. Léase a este propósito el tan conocido pasaje de Gayo o las donosas burlas, no siempre justas en verdad, de la *oratorio pro Murena*. Esta vinculación a lo literal parece a los espíritus selectos una traición a la equidad: «In omni denique iure civili aequitatem reliquerunt verba ipsa tenuerunt» (50). Es la retórica la que ataca este formalismo, defendiendo la *aequitas* (51).

En confirmación de ello cita Stroux algunos casos. Uno de éstos es el de la consulta jurídica hecha a P. Licinio Craso por un campesino, el cual se va con el *responsum* obtenido muy contrariado, pues éste es «verum magis quam ad suam rem adcommodatum». Galba, que ha presenciado el caso de esta consulta, impugna el *responsum* de Licinio Craso, y mediante analogías (*similitudines*) y otros procedimientos propios de la técnica retórica, defiende su propia interpretación, basada en la *aequitas* (*multa pro aequitate contra ius dicere*), y llega de este modo a formular un *responsum* abiertamente contrario al de Craso. Este jurista, no obstante ver sus argumentos y razones en apoyo del *responsum* confirmados por los viejos *auctores*, «tamen concessisse Galbae disputationem sibi probabilem et prope veram videri» (52).

Otro de los casos citados por Stroux es el del jurista Aquilio

(46) STROUX, ob. cit., pág. 46.

(47) Para los antecedentes de esta *oratio* y los problemas jurídicos de orden sustantivo y procesal en ella planteados vid. CICERÓN, *Defensa de Aulo Caecina*, texto latino con introducción y comentario de Alvaro d'Ors Pérez Peix; Madrid, 1943.

(48) *Oratio pro Caecina*. 65.

(49) STROUX, ob. cit., pág. 52.

(50) *Pro Murena*. 27.

(51) STROUX, ob. cit., pág. 54.

(52) *De oratore*. I, 56. 239.

Galo. De este jurista dice Cicerón que fué «ita peritus ac prudens ut ex iure civili non scientia solum quaedam verum etiam *bonitas* nata videatur» (53). Ahora el *orator*, que defiende la interpretación basada en la *voluntas*, puede invocar en apoyo de su actitud la autoridad de los mejores juristas. Los frentes de la discusión de la famosa causa curiana han cambiado radicalmente, y es ya la *vox iuris* la que proclama abiertamente: «rem et sententiam et aequitatem plurimum valere oportere» (54). De Servio Sulpicio dice Cicerón: «Nec vero silebitur admirabilis quaedam, et incredibilis et pene divina eius in legibus interpretandis, *aequitate explicanda, scientia.*» De la señera personalidad de este jurista da idea una frase del mismo autor: «Omnes, ex omni aetate, qui hac in civitate intellegentiam iuris habuerunt, si unum in locum conferantur, cum Servio Sulpicio non sint comparandi. Neque enim ille magis *iuris consultus, quam iustitiae fuit.* Ita ea quae proficiscebantur a legibus et a iure civili, *semper ad facilitatem, aequitatemque* referebat.» Hombre, en fin, este Sulpicio Rufo que se esfuerza en evitar los pleitos siempre que es posible: «Neque instituire litium actiones malebat, quam controversias tollere» (55). Sabido es que Servio Sulpicio, además de jurista, dominaba la teoría retórica de la interpretación en todos sus detalles (56).

Otro innegable influjo de la retórica en el campo del Derecho consiste en el arte que aquélla posee para generalizar, para extraer y formular el problema general entrañado en un caso particular, para elevar la ὑπόθεσις a θέσις, la *causa* a la *quaestio*. La casuística de los juristas parece a los *rhetores* pueril y candorosa (57).

En el mismo *Corpus iuris* (D., 1, 3, 30) lo dispuesto sobre el *fraus legis* constituye una clara aplicación de la teoría retórica sobre el binomio *scriptum-voluntas* y de la preferencia que a esta última se otorga.

\* \* \*

Parece la más probable consecuencia de todo lo expuesto aceptar que la retórica influye en el Derecho, como afirma Ernst Meyer.

(53) *Pro Caecina*, 78.

(54) STROUX, ob. cit., págs. 55 y 56, y *Pro Caecina*, 77.

(55) CICERÓN, *Phil.*, IX, 5, pág. 506.

(56) STROUX, ob. cit., pág. 59.

(57) *De or.*, II, 33, 142; vid. también SCHULZ, *Principles of Roman Law*, Oxford, 1936, pág. 49.

dando a éste orientaciones y marcándole tendencias fundamentales en favor de la *aequitas* (*grundsätzliche Tendenzen im Sinne der sententia und der aequitas*). Si esto es así puede considerarse la retórica como impulsora y compañera de la ciencia del Derecho en la lucha contra el formalismo verbalista (*ihr Antreiberin und Bundgenossin im Kampf gegen Wortformalismus*) (58).

Si a estas sugerencias o tendencias tan importantes en materia de *interpretatio iuris* se añade y tiene en cuenta el influjo de elementos no jurídicos, y entre éstos de la retórica, en la fase *in iudicio* del procedimiento civil formulario, como sostiene Steinwenter (59), supliendo mediante tal influjo con el llamado *usus fori* la escasez de normas propiamente jurídicas reguladoras de esta fase del procedimiento, y si como el mismo autor sustenta también es evidente la influencia de la retórica en el procedimiento justiniano *per libellos*; si por otra parte es indudable que algunos personajes de esta época tuvieron una formación retórica y jurídica a un tiempo y se consagraron al foro, sin que por este hecho se les pueda privar de su condición de juristas tan en absoluto como Schulz pretende, resulta en nuestra opinión bastante claro que aquella frase de Cicerón en la que dice que jurisprudencia es *ancillula eloquentia* contiene un cierto fondo de verdad (60).

JOSÉ SANTA CRUZ TELJEIRO

---

(58) ERNST MEYER, *Die Quaestiones der Rhetorik und die Anfänge Juristischer Methodenlehre* (*Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtswissenschaft. Rom. Abt.*, vol. 68), Weimar, 1951, pág. 51.

(59) STEINWENTER, *Rhetorik und römischer Zivilprozess* (*Z. der S. St. Rom. Abt.*, vol. 65).

(60) De la recensión de la obra de SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, hecha por KUNKEL y contenida en el vol. 68 de la *Z. Sav. St.*, son estas palabras: «Weder der prinzipielle Gegensatz von Iurisprudenz und Rhetorik noch das Beispiel Ciceros, der freilich entschieden kein Iurist, sondern nur Rhetor war, schliesst das Vorhandensein solcher Persönlichkeiten aus, die beiden Bereichen zugezählt werden müssen. Gerade die freie Iurisprudenz der ausgehenden Republik war alles eher als ein geschlossener, klar abgrenzbarer "Beruf"», pág. 564.