

RETÓRICA Y DERECHO ROMANO¹

OLGA TELLEGEN-COUPERUS
Universidad de Tilburg

Resumen

Este artículo se ocupa del papel de la retórica en el desarrollo del derecho romano a través del análisis de diferentes aspectos del procedimiento formulario y de las tareas realizadas en él por parte de abogados y jueces.

Palabras clave: Retórica. Derecho Romano. Procedimiento formulario.

Abstract

This paper deals with the role of Rhetoric in the development of Roman law through the analysis of various aspects of the formulary procedure and the tasks of advocates and judges in it.

Keywords: Rhetoric. Roman law. Formulary procedure.

1 Introducción

En su libro sobre el arte de la Retórica en el mundo romano, George Kennedy señala que, en la retórica griega, la oratoria judicial gozaba de una posición de liderazgo, y asume que éste era también el caso en Roma². Por lo tanto, dedica un número de páginas mucho mayor a la oratoria judicial (11) en la retórica romana temprana que a la oratoria deliberativa (4) y a la epidéctica (2).

Comienza señalando que el procedimiento formulario era el rasgo más característico de la actuación judicial romana³. Cito: “El magistrado ante el cual se iniciaba un caso, normalmente un pretor, redactaba una fórmula o definición legal precisamente enunciada del presunto delito (‘si así resulta ser el caso, entonces que el demandado sea condenado’) y remitía el caso a un tribunal cuya función entonces pasaba a ser la de decidir si las condiciones de la fórmula se verificaban o no”. De todos modos, según Kennedy, el procedimiento formulario no fomentaba una producción discursiva elaborada, y él apenas se vuelve a referir a esto en este capítulo. En cuanto a los abogados u oradores profesionales que defendían los casos de otras personas, determinaban las tácticas y el procedimiento del caso y, lo más importante de todo, su presentación

¹ Traducción de Miguel Ángel Fernández Serrano, Universidad de Murcia.

² Cf. G. Kennedy, *The Art of Rhetoric in the Roman World*, Princeton 1972,7.

³ G. Kennedy, *The Art of Rhetoric in the Roman World*, Princeton 1972,9.

retórica, pero, para el consejo técnico legal, dependían de jurisconsultos, autoridades legales profesionales⁴. En esta descripción, Kennedy minimiza el papel de la oratoria en el procedimiento formulario, a pesar de que era el procedimiento legal al final de la República romana y al principio del Imperio. Por lo tanto, él mismo socava su afirmación acerca de la relevancia de la oratoria judicial en Roma.⁵

La razón por la que Kennedy minimiza el papel de la oratoria en el procedimiento formulario no se encuentra en las fuentes sino en la moderna literatura romanista a la que se refiere.⁶ Durante dos siglos o más, los romanistas (i. e., los juristas modernos que estudian el antiguo Derecho Romano) han considerado el Derecho como un concepto autónomo ligado a la verdad, y la Retórica como una manera de pervertir y solapar la verdad y escapar de ella. Siguiendo a Platón, creen que los juristas siempre intentan encontrar la verdad absoluta de la ley, mientras que los oradores sólo persiguen probabilidades por medio de la argumentación.⁷ También aplicaron este punto de vista a las dos partes del procedimiento formulario, del siguiente modo. En la primera parte, que tenía lugar ante el pretor, la fórmula tenía que ser redactada. Éste era un proceso extremadamente técnico que era dominado por los juristas. En la segunda parte del procedimiento formulario, que tenía lugar ante el juez, el *unus iudex*, sólo se exponían los hechos mencionados en la fórmula; esto correspondía a los abogados u oradores, que intentarían por todos los medios, incluyendo mentiras, calumnias y emotivas súplicas, ganar el caso de su cliente. Por lo tanto, según este punto de vista, sólo la primera parte del procedimiento era importante para el desarrollo del Derecho Romano, y el papel de la oratoria apenas era relevante.

Discutir los pros y los contras de este punto de vista va más allá del alcance de este artículo.⁸ Lo que quiero hacer aquí es señalar que las fuentes nos proveen de información mucho más complicada acerca del papel de los abogados en el procedimiento formulario. Muestran que los abogados actuaban en la primera parte de este procedimiento, especialmente en el diseño de la fórmula. Más aún, muestran que, en

⁴ G. Kennedy, *The Art of Rhetoric in the Roman World*, Princeton 1972, 14.

⁵ En la misma línea, por ejemplo, P. Gerbrandy en su reciente traducción holandesa de la *Institutio oratoria* de Quintiliano (*De opleiding tot redenaar*, Groningen, 2000, p. 17). En su *A New History of Classical Rhetoric* (Princeton, 1994, p. 115), Kennedy es más positivo: “El Derecho Romano dependía con fuerza de los precedentes, y lo que un orador argüía con éxito en un caso determinado podía influir sobre el desarrollo de la ley”. De todos modos, no da ninguna explicación adicional.

⁶ De los libros mencionados por G. Kennedy (*The Art of Rhetoric in the Roman World*, Princeton, 1972, p. 9, n. 9) el más influyente sigue siendo el de F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946. Vid., en esta obra, especialmente las pp. 50 – 55.

⁷ Ya en la Antigüedad, la creencia de Platón en la verdad absoluta era controvertida, pero en la Edad Media se popularizó de nuevo. La Retórica ha sido tomada en serio de nuevo sólo recientemente. Cf. B. Vickers, *In Defence of Rhetoric*, Oxford, 1990, 2ª ed.

⁸ En años recientes, ha habido cierta tendencia a modificar esta postura tradicional. Vid. J. A. Crook, *Legal Advocacy in the Roman World*, Londres, 1995. En la misma línea, J. W. Tellegen y O. E. Tellegen-Couperus, ‘Law and Rhetoric in the causa Curiana’, en *Orbis Iuris Romani, Journal of Ancient Law Studies* 6 (2000), pp. 171 – 203.

sus discursos ante el juez, los abogados no sólo se referían a los hechos, sino también a la interpretación jurídica de hechos y palabras. a la luz de estas fuentes, por lo tanto, parece que los abogados sí que contribuyeron al desarrollo del Derecho Romano. En este artículo, me gustaría evaluar la significatividad de estas fuentes para la relevancia de la retórica en el procedimiento formulario.

A causa de que Kennedy trata la oratoria judicial de acuerdo con sus diferentes aspectos y no de acuerdo con los diferentes procedimientos, este capítulo es a veces bastante confuso. Por tanto, para exponer mi idea, primero tendré que poner este procedimiento en su adecuado contexto; ofreceré un bosquejo general de los procedimientos usados para casos civiles y criminales, y señalaré cuál era el papel de la retórica en estos procedimientos. Entonces me centraré en el procedimiento formulario, discutiré sus diferentes partes y mostraré con la ayuda de ejemplos de Cicerón y del Digesto de Justiniano que los abogados desempeñaban un papel vital en la primera y en la segunda parte de este procedimiento y por tanto también en el desarrollo del Derecho Romano. Espero que entonces quede claro que, en Roma, la oratoria judicial era tan importante en el procedimiento formulario como en otros procedimientos.

2. Los procedimientos legales y el papel de la Retórica.

El procedimiento más antiguo para los casos de derecho civil era el juicio por medio de *legis actiones* (literalmente, acciones basadas en la ley).⁹ Se desarrollaba oralmente y estaba dividido en dos fases: la primera ante el *pontifex*, que decidía si los litigantes podían iniciar una acción legal; la segunda ante un juez que era un ciudadano particular y que, después de oír las pruebas, emitía su juicio. En la antigua Roma, estas pruebas se obtenían a menudo con la ayuda de métodos irracionales y sobrenaturales como las ordalías o la recolección de *auspicia* mediante la observación del vuelo de las aves. El procedimiento de la *legis actio* era muy formal, estrictamente romano, y permitía la litigación de sólo un pequeño número de problemas legales. En el siglo tercero a. C., fue modernizado un poco, siendo uno de los cambios la introducción de una corte de cien jueces, el *centumviri*, para decidir sobre querrelas concernientes a grandes herencias y posiblemente también sobre disputas a propósito de la propiedad de la tierra y acerca de la tutela. El emperador Augusto permitió que el *centumviri* continuara incluso después del siglo XVII a. C., cuando abolió las *legis actiones* como el procedimiento regular. En el siglo II d. C., fue reemplazado por las cortes imperiales.

Alrededor de 200 a. C., se creó un nuevo modo de litigación civil, el procedimiento formulario, que llegó a funcionar a la par con las *legis actiones*. Constaba también de dos fases, pero era mucho menos formal. La primera fase tenía lugar ante un pontífice

⁹ Para los procedimientos civiles, vid. M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1996, 2^a ed.

o, a finales del siglo II a. C., ante un magistrado, usualmente el pretor. Difería de las *legis actiones* en que las partes litigantes ya no tenían que pronunciar sus demandas oralmente, sino ponerlas en una fórmula escrita, y también en que la litigación ya no estaba limitada a un número fijo de problemas legales. Era el pretor quien decidía si había que asignar un juez para decidir sobre un problema en particular. El grueso del derecho privado romano fue creado en este contexto, en los dos últimos siglos de la República; entonces, existía una fórmula para cada caso que podía ser llevado ante un tribunal. Al mismo tiempo, los expertos legales habían recopilado sentencias y opiniones sobre la interpretación de las fórmulas, y continuaron haciéndolo en los dos primeros siglos del Imperio. A lo largo del siglo II, el procedimiento formulario quedó fuera de uso y las cortes imperiales se impusieron.

Sabemos muy poco sobre el modo en el que se juzgaba los casos criminales en los primeros tiempos de la República. Sí que sabemos que se hacía una distinción entre delitos graves que eran considerados dañinos para el Estado (traición, asesinato) y delitos más leves que eran considerados dañinos sólo para el ciudadano individual (robo, difamación). Por un delito de esta segunda categoría, la parte dañada tenía que promover ella misma un procedimiento civil, i. e., al principio por medio de una *legis actio* y más tarde *per formulas*. Por un delito de la primera categoría, todo ciudadano podía demandar al perpetrador. Hay varias interpretaciones y reconstrucciones del modo en el que se manejaban estos crímenes. Según Mommsen y Jones, las diligencias tenían lugar en presencia de un magistrado, y cualquiera que fuera condenado a muerte por él podía apelar a la asamblea popular¹⁰. Esta concepción ha sido desafiada de varios modos. La posición más reciente es la de Santalucía, quien mantiene que sólo la asamblea popular (en este caso, la *comitia centuriata*) tenía la autoridad de condenar a una persona a muerte después de que hubiera sido encontrada culpable por un magistrado¹¹.

Estamos mucho mejor informados acerca de las nuevas cortes criminales que fueron introducidas para los crímenes serios en el siglo II a. C. Inicialmente, estas cortes se convocaban ocasionalmente, pero en 149 a. C. la *lex Calpurnia* fundó el primer tribunal para un tipo particular de ofensa, llamado el *quaestio de repetundis*. Su tarea era ocuparse de casos de extorsión por parte de gobernadores romanos en Italia o las provincias. Un pretor nombrado especialmente estaba al cargo de las diligencias. En los siguientes cincuenta años, se fundaron otras *quaestiones perpetuae*: por asesinato y envenenamiento, por falsificación de testamentos y otros documentos, por alta traición, por soborno durante las elecciones y por malversación de fondos públicos. Mientras que, desde 100 a. C., nuevos magistrados (*tresviri capitales*) fueron nombrados para ocuparse de crímenes menos serios cometidos por esclavos, forasteros y posiblemente

¹⁰ Th. Mommsen, *Römisches staatsrecht*, 3rd edition, Leipzig 1887 (rpt. Graz 1952) 163-164, and Id., *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899 (rpt. Graz 1955 and Darmstadt 1961) 56-57. A.M.M. Jones, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford 1972, 1-39.

¹¹ B. Santalucía, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1989, 31-89.

también ciudadanos romanos de los estratos sociales inferiores.

Sabemos algo acerca del procedimiento en estas *quaestiones* porque algunos de los discursos de Cicerón cuando actuaba como abogado o acusador en tales litigios han sobrevivido. Todo ciudadano respetable, no sólo la parte afectada, podía presentar una querrela contra cualquiera. Si el pretor admitía la querrela, se constituía un jurado por sorteo. El curso de la querrela era determinado por las partes y sus abogados. El demandante tenía que probar que el demandado había cometido el crimen del que se le acusaba. Si no tenía éxito, corría el riesgo de ser acusado él por haber presentado una querrela falsa sabiéndolo. Si tenía éxito, recibía una considerable recompensa; por ejemplo, si el demandado era sentenciado a muerte y se confiscaban sus propiedades, entonces el demandante recibía parte de ellas. No resultó realmente sorprendente que con el tiempo se abusara del sistema y algunos incluso hicieran una profesión de acusar a los ciudadanos ricos. Estas personas acabaron siendo conocidas como *delatores*. El demandado, por su parte, tenía que probar que era inocente. Finalmente, era el jurado el que decidía si el acusado era culpable o no y cuál sería la pena, si ésta no era evidente en la ley.

Como el procedimiento formulario, las *quaestiones perpetuae* continuaron existiendo en los primeros años del Imperio, pero, en la época de Augusto, su trabajo fue primero completado y pronto suplido por la nueva corte criminal del emperador y sus delegados. Para el año 200, todas las *quaestiones perpetuae* habían desaparecido.

Estas nuevas cortes del Emperador Augusto no fueron introducidas como tales en Roma, sino que se originaron en aquellas provincias que, en 27 a. C., estaban directamente bajo su control. Allí, la administración de justicia estaba delegada en funcionarios al servicio del emperador. A lo largo de los siglos I y II, este ejemplo fue seguido en las provincias senatoriales, después también en Italia y finalmente en Roma. Una característica de esta administración imperial de justicia, comúnmente llamada *cognitio extraordinaria*, era que el juicio constaba sólo de una fase y la sentencia era dictada por el emperador o por un funcionario que actuaba en nombre del emperador. Los pleitos resueltos por el procedimiento de cognición podían ser de muy diferente naturaleza: no sólo podían versar sobre asuntos concernientes al derecho privado o criminal, sino que también podían ser pleitos entre ciudadanos y funcionarios del gobierno. Otra diferencia era que ahora el juez desempeñaba un papel mucho más activo: podía, por ejemplo, conducir investigaciones por iniciativa propia y por todos los medios a su alcance. A pesar de que este nuevo sistema podía haber funcionado para los ciudadanos romanos normales, no era aceptable para los senadores: por tanto, el emperador Tiberio permitió al Senado desarrollar un *forum privilegiatum* para los crímenes cometidos por personas de su clase.

¿Cuál era el papel de la Retórica en todos estos tribunales y procedimientos? Está claro que, en el primitivo procedimiento de la *legis actio*, no había sitio para la retórica.

Fue sólo después de el procedimiento hubiera sido modernizado y se hubiera creado el tribunal especial de los *centumviri* que el arte de la oratoria se volvió útil en este tipo de procedimiento. El más antiguo y a la vez más famoso ejemplo de un juicio así es el de la *causa Curiana* que tuvo lugar aproximadamente en 92 a. C. Cicerón lo menciona en varias de sus obras retóricas a causa de los ejemplares alegatos de los abogados, L. Licinio Craso y Q. Mucio Escévola, que interpretaron el testamento en cuestión según la intención y la letra, respectivamente. En los procedimientos criminales antes de la asamblea popular, podía haber sido relevante para una persona el ser capaz de persuadir a la audiencia, pero se sabe tan poco de este juicio que es imposible extraer conclusiones en lo que se refiere a la retórica.

En el siglo II a. C., se crearon dos nuevos procedimientos: el procedimiento formulario para casos de derecho civil y las *quaestiones perpetuae* para casos criminales. Resulta obvio que el hace poco introducido arte de la retórica era útil cuando un gobernador romano era demandado por extorsión por los habitantes de su antigua provincia. El discurso de Cicerón contra Verres puede ser la más famosa prueba de la importancia de la retórica para tales juicios criminales. En los otros casos que eran juzgados en una *quaestio perpetua*, los miembros de las clases altas eran habituales demandantes y demandados; era esencial para ellos ser capaces de hablar bien en público. Me ocuparé de la relevancia de la retórica en el procedimiento formulario en la siguiente parte.

Es difícil decir si la *cognitio extraordinaria* ofrecía posibilidades para que los oradores mostraran su talento, porque la mayoría de los ejemplos o referencias de discursos que tenemos del principio del Imperio se celebraban en las antiguas cortes de los *centumviri* y las *quaestiones perpetuae*, y en el Senado. De todos modos, sabemos por las obras de Tácito, Fronto, Aulo Gellio y otros que, en esta época, la asistencia legal creció espectacularmente. Según Parks, el hecho mismo de que la oratoria política libre fuera suprimida por el sistema imperial significó que la oratoria libre floreció más en el contexto forense, donde era menos probable que los emperadores la impidieran¹². Por tanto, el arte de la retórica debió haberse practicado también en las cortes imperiales.

3. La retórica en el procedimiento formulario.

Kennedy, y con él muchos autores, cree que, en el procedimiento formulario, sólo la segunda fase, ante el juez, era relevante para la retórica. Suele asumirse que lo único que hacían los abogados era defender el caso de su cliente ante el juez. Sin embargo, en mi opinión, los abogados estaban también involucrados en la primera parte del proceso. Por tanto, comenzaré con lo que ocurría ante el pretor e intentaré demostrar con la ayuda de algunos pasajes de Cicerón que los abogados tenían que utilizar sus

¹² E.P. Parks, *The Roman Rhetorical Schools as a Preparation for the Courts under the Early Empire*, (John Hopkins University Studies in Historical and Political Science Ser. LXIII, no. 2), Baltimore 1945, Ch. II.

conocimientos de retórica (y de la ley, como es natural) desde el mismo inicio del juicio. Después discutiré la segunda parte del proceso, ante el juez, e intentaré mostrar que la retórica era muy importante no sólo para ayudar a los abogados a ganar sus casos, sino también, en general, para el desarrollo del derecho romano.

a. Los abogados ante el pretor.

De acuerdo con los libros modernos sobre derecho romano, el procedimiento por fórmula empezaba cuando las partes que tenían una disputa exponían su problema al pretor (o, en ciertos casos, al edil) pidiéndole que fijara un juicio para resolverla. El pretor tenía primero que comprobar si las partes estaban cualificadas para ser demandante o demandado en una acción legal a partir de los hechos que habían presentado. Si no cumplían los requisitos, el pretor desestimaba la acción; si los cumplían, consultaba el edicto. En este edicto, que había publicado basándose en su *ius edicendi* al principio de su plazo de ejercicio y que, en principio, era aplicable al año entero, el pretor había recolectado todas las soluciones legales para cuyo otorgamiento estaba preparado junto al texto de las *formulae* asociadas. Si el edicto no contenía ninguna acción para la disputa en cuestión, el pretor podía rechazar la petición de las partes o crear una nueva acción basada en los hechos. Si el edicto contenía una acción que ya fuera conocida del *ius civile* o que hubiera sido creada por un pretor anterior o per él mismo, el pretor daba permiso para iniciar los procedimientos. El pretor y las partes contrarias elegían un juez y preparaban una fórmula. En la segunda parte del procedimiento formulario, el juez oía las pruebas y los argumentos de los abogados, y emitía una decisión.

Esta descripción, variaciones de la cual pueden encontrarse en los libros modernos sobre derecho romano, sugiere que las partes mismas tenían que hacer todo el trabajo en la fase del juicio que tenía lugar ante el pretor. Podían pedir el consejo de un jurista, pero tenían que hablar ante el pretor ellos mismos: tenían que convencerle de que su caso merecía ser presentado ante un juez, y determinar qué elementos iban a ser incluidos en la fórmula. Si tenían éxito, entonces entrarían los abogados para hablar y presentarían el caso ante el juez.

Al examinarla más atentamente, de todos modos, esta descripción deja al lector con la siguiente pregunta. Si el abogado tenía que presentar el caso ante el juez, ¿no querría involucrarse en la redacción de la fórmula ya que ésta iba a ser la base de su caso? Es difícil encontrar información sobre esta cuestión en el Digesto de Justiniano, ya que esa obra contiene textos acerca de los resultados de los juicios, no de los preliminares.

No obstante, encontré algunos pasajes en la obra de Cicerón referidos a la preparación de los juicios: uno en las cartas a sus amigos, y dos en su *De oratore*. Las discutiré en ese orden.

(1) En el verano del año 44 a. C., Cicerón escribió una carta a su amigo, el jurista Trebatio, pidiéndole que ayude a otro amigo suyo, un tal P. Silio, que estaba a punto de ser demandado por una herencia que había recibido recientemente. La carta, *Ad Familiares* 7.21, reza como sigue:

Cicero S. D. Trebatio.

Sili causam te docui. Is postea fuit apud me. Cum ei dicerem, tibi videri sponsonem illam nos sine periculo facere posse, 'Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dederit', negare aiebat Servium, tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit; hoc idem Ofilium dicere; tecum se locutum negabat, meque rogavit, ut se et causam suam tibi commendarum. Nec vir melior, mi Testa, nec mihi amicior P. Silio quisquam est, te tamen excepto. Gratissimum igitur mihi feceris, si ad eum ultro veneris ei-que pollicitus erit; sed, si me amas, quam primum. Hoc te vehementer etiam atque etiam rogo.
Cicero greets his friend Trebatius.

I have explained Silius's case to you. Well, since then he has called upon me. When I told him that in your view we might safely make that stipulation 'If the praetor, Q. Caepio, in accordance with his edict, has granted me the possession of Turpilia's state, etc.', he said that Servius declared that this was not a will, that had been drawn up by someone who was not able to draw up a will; and that Ofilius had said the same; Silius said he had not talked it over with you, and asked me to commend him and his cause to you. There is no better man, my dear Testa, and I have no better friend than P. Silius, with the exception indeed of yourself. You will therefore greatly oblige me by going to him without an invitation and promising to do what he wants. But, as you love me, do so as soon as possible. This I earnestly beg of you to do, and I reiterate my request.¹³

En esta carta, Cicerón deja claro que su amigo P. Silio está a punto de ser llevado a juicio. De la estipulación mencionada por Cicerón, puede inferirse que Silio había, como heredero ante una falta de testamento, adquirido los bienes de cierta Turpilia, probablemente una pariente, pero que alguien más había reclamado los bienes basándose en un testamento que según esta persona había hecho la fallecida. Aparentemente, Silio había

¹³ Uso el texto y la traducción de W. Glynn Williams para la Biblioteca Clásica Loeb, Cambridge (Mass.)-Londres, 1929 (reimp. 1983), II, 62 – 65; sólo doy una traducción diferente de las palabras “negare aiebat Servium, tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit; hoc idem Ofilium dicere”. Glynn Williams dice aquí: “he said that Servius maintained that a will, made by one who had not the legal right to make a will, was no will at all, and that Ofilius concurred”. Servio y Ofilio eran dos expertos legales que habían sido consultados por el heredero testamentario. Para una adecuada comprensión del caso, es esencial traducir literalmente la respuesta de Servio. Él no dijo que el testamento en cuestión fuera inválido, sino que no era un testamento hecho por alguien que no pudiera hacer testamento, en otras palabras, que el testamento en cuestión podía ser considerado como válido. Es probable que la mujer hubiera hecho testamento sin la autorización de un tutor. Tradicionalmente, las mujeres sólo podían hacer testamento con la ayuda de su tutor. No obstante, en el siglo I a. C., esta tradición había caído en desuso y las mujeres, quizás con la excepción de las que pertenecían a la clase alta, hacían testamento libremente. La cuestión de si tales testamentos eran legalmente válidos no ha sido contestada todavía. Sobre esta interpretación del caso de Silio, vid. J. W. Tellegen y O. E. Tellegen-Couperus, “Vrouwenvoogdij: *Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem*”, en B. C. M. Jacobs y E. C. Coppens (eds.), *Een Rijk Gerecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P. L. Nève*, Nijmegen, 1998, pp. 431 – 456, especialmente 450 – 454.

rehusado entregar la herencia porque, en su opinión, este testamento era inválido. Turpilia no había tenido *testamenti factio*, i. e., como mujer, no podía hacer un testamento válido sin la asistencia de un tutor. Parece que el propio Silio, como su pariente masculino más cercano, había sido su tutor y no había asistido a Turpilia en la redacción de un testamento. Por tanto, consideraba el testamento en cuestión inválido.

Hasta ahora, el pretor había ayudado al heredero testamentario concediéndole el *interdictum quorum bonorum*, i. e., una orden por la que Silio le tendría que entregar los bienes. Como Silio todavía rehusaba entregar los bienes, el heredero quería que cooperara en un procedimiento que suponía dos *sponsiones* o estipulaciones. Esta estipulación consistía en una pregunta hecha a Silio, i. e., si pagaría cierta cantidad de dinero si resultaba que el pretor había concedido correctamente el *interdictum quorum bonorum* al heredero testamentario. Silio tenía que responder que lo haría. El reclamante tendría que prometer lo mismo. Entonces se nombraría un juez que tendría que decidir si el pretor había concedido correctamente el *interdictum quorum bonorum* al reclamante y, en un sentido más general, si una mujer podía hacer testamento sin la asistencia de un tutor. La respuesta a esa pregunta decidiría quién sería el titular de la herencia: Silio o el heredero testamentario.

Lo que importa en esta concatenación es, en primer lugar, que Silio había pedido consejo a Cicerón antes de que el pleito sobre la herencia hubiera empezado realmente. Quería la certeza de que podía hacer esa promesa con seguridad. Cicerón había discutido la cuestión de las estipulaciones con su amigo, el experto legal Trebatio, y habían llegado a la conclusión de que el testamento podía ser considerado inválido y de que Silio podía hacer la estipulación. Como el juicio estaba entonces a punto de comenzar, Cicerón le pidió a Trebatio que se apresurara y ayudara a Silio. Aparentemente, Cicerón no quería actuar como abogado para Silio (ya rondaba los sesenta) y se lo encargó a su más joven amigo Trebatio. En los últimos tiempos de la República, era una práctica normal para los senadores famosos por sus conocimientos legales el actuar como abogados para amigos o clientes.

Una segunda conclusión que se puede extraer de esta carta es que el oponente de Silio también había pedido consejo a dos juristas, llamados Servio Sulpicio Rufo y Aulo Ofilio. Su solapada respuesta con su doble negación muestra que estos juristas no eran imparciales, tal y como se mantiene con frecuencia en la literatura romanista, pero que apoyaban la reclamación del heredero testamentario asegurando que el testamento podía ser considerado como válido. No está claro si ambos juristas o sólo uno de ellos actuarían como abogados. No obstante, es un hecho que Servio Sulpicio Rufo era famoso por ser un excelente orador y un magnífico jurista.¹⁴

¹⁴ Cf. Cicerón, *Brutus*, 150-157. Vid. también Pomponio en su conocida monografía, parte de la cual ha sido incluida en D. 1.2.2.43.

(2) La segunda fuente que muestra que los abogados estaban implicados en el inicio del pleito es el *De oratore* de Cicerón, que data aproximadamente de 50 a. C. Contiene una discusión supuestamente mantenida por algunos importantes senadores romanos cuarenta años antes, en 91 a. C., pero que en realidad había sido inventada por Cicerón. La discusión era acerca de la cuestión de qué caracteriza a un buen orador. En la primera parte de este libro, Cicerón presenta a L. Licinio Craso, M. Antonio y Q. Mucio Escévola el Augur como los principales participantes en la discusión.

Craso, que refleja las opiniones del propio Cicerón, comienza. Señala que un buen orador lo sabe todo no sólo acerca de la oratoria, sino también acerca de la ley, la historia y la filosofía. Antonio no está de acuerdo con él. Cree que es imposible e innecesario para un orador saberlo todo, que basta con un conocimiento básico. Cuando se precise conocimientos especializados sobre, por ejemplo, un problema legal, la información se obtendría de un experto como Escévola. Entonces se le pide a Craso que exponga sus opiniones sobre el arte de la retórica con más detalle, y él accede a hacerlo a regañadientes. Empieza tratando sobre qué define a un buen orador. En la sección 166, menciona la importancia del conocimiento legal para un orador y apoya su argumentación contando dos historias. La primera historia, *De oratore*, I, 166, reza como sigue :

Potes igitur, inquit Crassus – ut alia omittam innumerabilia, et immensa, et ad ipsum tuum ius civile veniam –, oratores putare eos, quos ,multas horas exspectavit, cum in campum properaret, et ridens et stomachans Scaevola, cum Hypsaeus maxima voce, plurimis verbis, a M. Crasso praetore contenderet, ut ei, quem defendebat, causa cadere liceret, Cn. autem Octavius, homo consularis, non minus longa oratione recusaret, ne adversarius causa caderet, ac ne is, pro quo ipse diceret, turpi tutelae iudicio, atque omni molestia, stultitia adversarii, liberatur?

«¿Es que puedes considerar oradores», dijo Craso, «– por dejar a un lado otros extremos innumerables e inabarcables y centrarnos en tu querido derecho – a quienes Publio Escévola, entre indignado y divertido, tuvo que esperar durante muchas horas, mientras iba presuroso al Campo, cuando Hipseo a grandes voces y con muchas palabras pretendía del pretor Marco Craso que a quien defendía se le permitiese perder el pleito, y que por otra parte Gneo Octavio, todo un excónsul, rechazaba, con un discurso no menos largo, que la parte contraria pudiera perder la querrela y que aquél en cuyo favor actuaba se viera liberado de un sórdido pleito sobre tutelas y de toda la molesta estupidez del adversario?»¹⁵

La historia de Craso trata de dos abogados. Uno está intentando obtener una fórmula por mala tutela contra el demandado, pero está argumentando de una manera tan chapucera que consigue que su petición sea rechazada. Al otro abogado, por su parte, le desagrada la idea de que el demandante tenga éxito en sus esfuerzos y está haciendo todo lo que puede para que el pretor conceda la fórmula. De este modo, está dañando los intereses de su cliente, ya que si su cliente es declarado culpable de mala tutela será

¹⁵ Cicerón, *Sobre el orador*, Madrid, Gredos, 2002, p. 150. Traducción de José Javier Iso.

declarado *infamus*. Craso pregunta a su audiencia: ‘¿Podéis considerar a tales abogados, que arruinan los casos de sus clientes por su falta de conocimientos legales, como oradores?’ Es obvio que él cree que no. Uno de sus compañeros de discusión, Q. Mucio Escévola Augur, está de acuerdo con él y añade que ha oído la historia del propio Mucio (cf. sección 167). Este Mucio probablemente sea su primo Q. Mucio Escévola, quien, en la época de esta historia, sólo tenía 14 años y que más tarde se convertiría en un famoso jurista, conocido como Q. Mucio Escévola Pontifex.¹⁶

Por el modo en que Craso cuenta su historia, queda claro que, en su época, era perfectamente normal que los abogados hablaran por sus clientes en la primera fase del juicio, ante el pretor. También parece normal que el pretor no interrumpiera a los abogados burlándose de ellos. El único aspecto inusual de su comportamiento es su aparente falta de conocimientos legales, que les hacía actuar en contra de los intereses de sus clientes.

La segunda historia que cuenta Craso a su audiencia para ilustrar la importancia de los conocimientos legales para el orador se encuentra en *De oratore*, I, 168.

Quid? His paucis diebus, nonne, nobis in tribunali Q. Pompeii, praetoris urbani, familiaris nostri, sedentibus, homo ex numero disertorum postulabat, ut illi, unde peteretur, vetus atque usitata exceptio daretur, CUIUS PECUNIAE DIES FUISSET? Quod petitoris causa comparatum essem non intellegebat: ut, si ille infitator probasset iudici ante petitam esse pecuniam quam esset coepta deberi, petitor, rursus cum peteret, ne exceptione excluderetur QUOD EA RES IN IUDICIUM ANTEA VENISSET.

¿Es que acaso no hace unos días que, estando yo en el tribunal del pretor urbano y hombre de mi confianza, Quinto Pompeyo, un varón a quien todos consideraban disertor solicitaba que a quien reclamaba se le concediese la antigua y muy utilizada excepción de EN LA FECHA EN QUE VENCIESE LA DEUDA, sin comprender que esto se había hecho pensando en el acreedor, de manera que si el deudor al negarse a pagar la deuda probaba que el dinero había sido reclamado antes de vencer el plazo, cuando el acreedor lo pidiera de nuevo no se le excluiría con la excepción DE QUE EL ASUNTO YA HABÍA IDO PREVIAMENTE A LOS TRIBUNALES.¹⁷

En la sección 169, Craso califica el error cometido por el abogado como un desatino ‘en los tecnicismos más frívolos e insignificantes’. Por tanto el error debe haber sido fácil de reconocer. Hoy día, no obstante, ya no resulta sencillo entender qué funcionó mal exactamente. Puede ayudar que primero dé un corto bosquejo del contenido de la fórmula en un caso como éste.

El caso era sobre una deuda. La fórmula para las deudas era tradicionalmente muy sencilla. Generalmente constaba de tres partes: el nombramiento del juez, una descrip-

¹⁶ Para una discusión más elaborada de este texto, vid. Olga E. Tellegen-Couperus, “The So-Called *Consilium* of the Praetor and the Development of Roman Law”, en *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 69 (2001), 14 – 16.

¹⁷ Cicerón, *Sobre el orador*, ed. cit., pp. 151 – 152.

ción del conflicto formulada por el demandante (*intentio*) y la autorización del juez para dictar sentencia (*condemnatio*). La *intentio* podía ser simple. p. ej.: ‘Si resulta que el demandado debe pagar 1000 sestercios al demandante...’. En este tipo de casos, el juez sólo tenía permitido investigar aquellos aspectos del caso que habían sido expuestos en la fórmula. Por tanto, la fórmula bastaba si el demandado simplemente quería negar la reclamación. De todos modos, no bastaría si el demandado quisiera utilizar otra defensa, por ejemplo, que se debía el dinero pero que no había vencido aún, o que se había acordado entre demandante y demandado que no se interpondría una demanda por el dinero. Entonces el demandado tenía que insertar una defensa en la fórmula para esto. Por supuesto, el demandante podía contestar a esta defensa con una réplica (*replicatio*) y el demandado podía replicar a esta *replicatio* con otra (*duplicatio*). Quedaría claro que era esencial que el abogado incluyera en la fórmula aquellos elementos que fueran favorables a su cliente, para que pudiera ser capaz de hacer una defensa adecuada ante el juez.¹⁸

En este caso, el abogado del demandado había insistido en insertar una defensa errónea en la fórmula porque, como explica Craso, esta defensa se usaba en beneficio del demandante. Por tanto, él mismo se complicó el ganar el caso. Pues, ¿cuál era la función de esta defensa en concreto? En el derecho romano, había una regla según la cual no se podía reclamar dos veces la misma cosa al mismo demandado. Cuando las partes habían acordado una determinada fórmula y el pretor había autorizado a un juez a emitir un veredicto vinculante, el demandante no podía demandar al demandado de nuevo por la misma deuda. Si el demandante iba a juicio de nuevo por la misma deuda, el pretor podía rehusar la acción o podía permitir al demandado que insertara en la fórmula la defensa de que ‘ese asunto ya había sido litigado’. Por supuesto que el demandante podía entonces tratar de convencer al juez de que era una reclamación distinta, pero le sería difícil. No obstante, si el demandado tenía éxito en convencer al juez de que se trataba de la misma reclamación, el demandante perdería el caso. Por tanto, éste querría protegerse contra este riesgo e incluiría la *replicatio* ‘con respecto al dinero, su pago ya ha vencido’ en la fórmula. El hecho de que, en este caso, el abogado del demandado quisiera insertar estas palabras en la fórmula prueba que no entendía la función de esta defensa. Es difícil de creer que, basándose en esta fórmula, pudiera defender adecuadamente a su cliente y convenciera al juez de que lo absolviera.¹⁹ Sin duda perdería el caso y por tanto perjudicaría a su propio cliente.

¹⁸ Una importante innovación del sistema formulario fue la introducción de las acciones con la frase *ex fide bona* en la *intentio*. El juez estaba entonces definitivamente impelido a tener en cuenta la “buena fe”, y a dictar sentencia por una cantidad que representara lo que el demandado debía hacer de acuerdo con la buena fe. En tal fórmula, las defensas y las réplicas ya no eran necesarias. No obstante, esta nueva fórmula fue al principio sólo aplicable a un número limitado de contratos (venta, alquiler, asociación y mandato), así que la fórmula antigua para reclamar las deudas continuó siendo aplicada durante el final de la República y el principio del Imperio.

¹⁹ Según K. Hackl, *Praejudicium im klassischen römischen Recht*, Salzburgo, 1976, 41, el abogado puede haber confundido una *praescriptio pro actore* con una *praescriptio pro reo*, pero no da más explicaciones. Estoy de acuerdo con Hackl en que el abogado debía haber pedido una *praescriptio pro actore*, pero no creo que confundiera este instrumento con una *praescriptio pro reo* porque son demasiado distintas como para confundirlas.

Tres conclusiones pueden extraerse de esta historia. La primera es que, como en la primera historia, era perfectamente normal que un abogado hablara en nombre de su cliente ante el pretor. La segunda es que también era perfectamente normal que el abogado participara en la redacción de la fórmula. En la bibliografía moderna, siempre se considera tarea de los juristas el aconsejar sobre la redacción de la fórmula, ya que se tiene por una actividad típicamente jurídica. Por supuesto, los expertos legales habrán dado ocasionalmente consejo a los litigantes, a sus abogados o a ambos sobre cómo formular una defensa o réplica determinadas, especialmente cuando esos elementos eran nuevos. No obstante, tan pronto como tales formulaciones empezaron a ser útiles, los pretores los pretores las incluyeron en su edicto para que así fueran del dominio público. Entonces los propios abogados podían consultar el edicto y decidir qué elementos querían usar. De todos modos, como Craso/Cicerón señala, necesitaban tener un conocimiento básico del derecho romano para usar adecuadamente los instrumentos ofrecidos por el pretor. La tercera conclusión es que no era el pretor quien “redactaba una fórmula precisamente enunciada”, como Kennedy *et al.* mantienen, sino los abogados. Lo único que el pretor tenía que hacer era comprobar si podía dar su aprobación a la redacción de la fórmula y a la elección del juez.²⁰

b. Los abogados, el juez y el desarrollo del Derecho Romano.

Cuando los procedimientos ante el pretor estaban terminados y un ciudadano había sido autorizado para actuar como juez y emitir sentencia sobre la base de la fórmula en cuestión, la segunda parte del juicio, o, mejor dicho, el juicio real, podía empezar. Según Kennedy, cit. *supra*, “el juez tenía que decidir si las condiciones de la fórmula se cumplían o no. Escuchaba el caso, a veces con algunos consejeros, y emitía su decisión, contra la que no cabía apelación”. Era tarea del abogado convencer al juez de la rectitud de su causa. Según Kennedy, el procedimiento ante el juez no fomentaba la producción discursiva elaborada y probablemente había muchas interrupciones y preguntas. Fue sólo en época de Cicerón, cuando los discursos establecidos eran corrientes en otros tipos de cortes, que también llegaron a utilizarse en casos privados.

Tengo dos objeciones a esta descripción, una grande y otra pequeña. Empezaré con la pequeña. Concierno a la sugerencia de que sólo en época de Cicerón los discursos establecidos llegaron a utilizarse en los juicios privados. Creo que tenemos que distinguir entre un discurso establecido, en el sentido de un discurso preparado por el abogado antes del juicio, y un discurso publicado en el sentido de un discurso que era publicado por el abogado después del juicio. Por supuesto, los discursos pronunciados en juicios privados más antiguos que han llegado a nosotros son los pronunciados por Cicerón, p. ej., sus *Pro Quinctio*, *Pro Caecina* y *Pro Tullio*. En su *Brutus*, Cicerón relata que Marco

²⁰ Una conclusión que no puede extraerse de este texto es que el pretor soliera celebrar una sesión con un *consilium*, como se mantiene en la literatura romanista. Vid. mi artículo mencionado en la nota 10.

Porcio Catón (cónsul en 194 a. C.) fue el primer orador en escribir sus discursos; desde entonces, muchos oradores siguieron su ejemplo.²¹ Por otra fuente, sabemos que este Catón fue un experto en derecho civil,²² así que algunos de los 150 discursos de Catón que Cicerón dice haber leído debían haber tratado casos de derecho civil. Más aún, no hay razón para asumir que un abogado sólo preparara un discurso por escrito cuando sabía que iba a publicarlo. Por el contrario, en su *De oratore*, Cicerón hace decir a Lucio Craso que la mejor manera de preparar un discurso es escribirlo.²³ El período creativo del derecho romano empezó ya a finales del siglo III a. C., cuando, por ejemplo, las nociones de *bona fides* y *aequitas* fueron introducidas en el derecho mercantil. Cuando, a principios del siglo II a. C., la retórica empezó a proveer a los abogados con los medios para preparar sus discursos de un modo mucho mejor de lo que habían sido capaces de hacer antes, sin duda utilizaron esos medios. Por tanto, los discursos establecidos en juicios de derecho privado deben haber sido una práctica común mucho antes de los tiempos de Cicerón.

Mi mayor objeción concierne a la indicación de Kennedy de que el juez tenía que decidir si se cumplían las condiciones de la fórmula. De ahí sugiere que el juez tenía que decidir sólo sobre los hechos. Consecuentemente, en sus alegatos, los abogados tenían también que referirse sólo a los hechos. El mismo punto de vista pueden encontrarse en la literatura romanista. En ella, generalmente, se establece una oposición entre el pretor que (con la ayuda de juristas) tenía que decidir sobre la ley y el juez que sólo decidía sobre los hechos, así que es al pretor a quien se considera haber sido el responsable del desarrollo del derecho romano.²⁴ Por tanto, se niega la relevancia de la retórica para el desarrollo del derecho romano.

Creo que esa posición es incorrecta. En el Digesto, esa antología de los escritos de los juristas clásicos que fue compilada en el siglo VI por orden del emperador Justiniano, hay muchos textos que prueban mi postura. No obstante, hay un texto que es especialmente apropiado. Contiene el juicio de alguien que fue un famoso jurista en su época, a finales del siglo II a.C., y muestra que otros varios juristas recopilaron este juicio porque lo consideraban importante para el desarrollo del derecho romano. Más aún – y eso hace al texto más interesante – el problema legal de este caso puede ser identificado históricamente. El texto en cuestión, D.24.3.66, reza como sigue.

Iavolenus libro sexto ex posterioribus Labeonis. In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait. Ea sententia Publii Mucii est: nam is in Licinnia Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione, qua

²¹ Sobre Catón, vid. Cicerón, *Brutus*, 61 – 76. Quintiliano, *Institutio oratoria*, X, 3, dedica todo un capítulo a la escritura como un importante medio de mejorar las propias cualidades oratorias.

²² Pomp. D. 1.2.2.38.

²³ Cicerón, *De oratore*, I.150-153.

²⁴ Vid. F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Munich, 1998, 447ff., y M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Munich, 1996. Antes, en la misma línea, F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, reimp. 1967, 49ff., seguido por, por ejemplo, A. D'Ors, *Derecho privado romano*, 4ª edición, Pamplona, 1981, 57 nt. 1, 68-69.

Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere.

En lo que el marido tiene en dote que no sea dinero, dice Servio (Sulpicio Rufo) que debe responder de su dolo malo y de su culpa : esta opinión procede de Publio Mucio (Escévola), pues éste dictaminó en el caso de Licinia, la mujer de Graco, (y dice que, por las cosas dotales que se hubiesen perdido en la revolución en que pereció Graco, debía indemnizarse a Licinia, porque aquella revolución se había hecho por culpa de Graco.²⁵

Los compiladores del Digesto tomaron este texto de una colección de casos de Iavoleno Prisco, un famoso jurista que vivió en el siglo I d.C. y que hizo carrera en el ejército (fue oficial al mando de varias legiones), en la política (fue cónsul en 86), en la administración (fue gobernador de tres provincias), y en el derecho. Este texto está redactado a partir de un comentario que Iavoleno escribió sobre las obras de Antistio Labeo, un jurista de la época de Augusto. en el texto Iavoleno cita a un jurista incluso anterior, el amigo de Cicerón, Servio Sulpicio Rufo, quien, por su parte, se refiere a Publio Mucio Escévola, que es conocido como cónsul, *pontifex maximus*, y jurista del siglo II a.C.

El texto trata de una tal Licinia (dado que la forma «Licinnia» es desconocida excepto aquí, la abandonaré). Era la esposa de un tal Graco. Basándonos en otras fuentes, es seguro que debe haber sido Gayo Sempronio Graco. Es un hecho bien conocido que él fue uno de los tribunos del pueblo que, en 121 a. C., siguiendo a su hermano Tiberio Graco, propusieron cierto número de reformas que no fueron bien recibidas por la sección conservadora del senado, los *Optimates*. Tiberio había hecho las mismas propuestas diez años antes, y esto, en parte debido a su comportamiento obstinado, había conducido a su asesinato. El mismo destino iba a sufrir Gayo Graco. en el mismo año, 121 a.C., encontró su fin junto a un gran número – algunos dicen que 3000 personas – de aliados políticos. Su viuda Licinia tenía hora que valerse por sí misma, así que era muy importante para ella recuperar su dote.

En el derecho romano, una dote era básicamente una contribución de la familia de la novia a los gastos de la casa del marido. La dote, que podía consistir en dinero y/o tangibles como tierra, cuberterías de plata, y esclavos, se convertía en propiedad completamente legal del marido. A finales de la República, un segundo propósito se añadió al primero, i.e., la idea de que la dote debería también servir para la manutención de la esposa después de que se hubiera disuelto el matrimonio. Por lo tanto, el marido debía tener cuidado de que el valor de la dote permaneciera intacto. Podía vender propiedad dotal, pero al final del matrimonio, él o sus herederos podían ser obligados a reintegrar su valor.

A partir del texto de Iavoleno, puede deducirse que la dote de Licinia consistía en

²⁵ *Digesto Justiniano*, Pamplona, Aranzadi, 1972, p. 182. Versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo.

parte en dinero y en parte en cierta cantidad de objetos específicos. Ella pudo haber pedido inicialmente a los herederos de su marido que le devolvieran la dote. el problema era de todos modos que la parte de su dote que consistía en objetos individuales había sido total o parcialmente perdida. Esto había sucedido probablemente cuando, tras su muerte, la casa de Gayo Graco fue demolida.²⁶ Aparentemente, los herederos habían acordado pagarle el dinero pero habían rehusado pagarle el valor de los objetos perdidos. La cuestión entonces era si los herederos de Gayo Graco podían ser declarados responsables de los daños causados por la pérdida de estos objetos. Licinia llevó el asunto a los tribunales.

El juicio de la dote de Licinia tuvo lugar con procedimiento formulario. Esto puede deducirse del título del Libro 24.3 del Digesto: “Cómo después de que el matrimonio se haya disuelto puede reclamarse la dote”.²⁷ Los textos en D.24.3 tratan problemas concernientes a la *actio rei uxoriae*, i.e., la acción que el pretor podía conceder a una mujer que – después de un divorcio o después de la muerte de su marido – quisiera recuperar su dote (la *res uxoria*). Por tanto, ésta debe haber sido también la acción concedida por el pretor a Licinia contra los herederos de su marido. Cicerón, en sus obras retóricas, se refiere dos veces a la fórmula de esta acción como tradicional y bien conocida.²⁸ De todos modos, no sabemos si, alrededor de 120 a.C., ya se había vuelto estándar. Por tanto, no está claro cuánto margen había para que los abogados negociaran la redacción de la fórmula. Sobre una cosa era posible la negociación, i.e., sobre el nombre del juez que tenía que ser citado en la fórmula. En este caso, el pretor y las partes acordaron tener a Publio Mucio Escévola como juez.²⁹ Ésta es una elección interesante porque, por un lado, Escévola era tío de Licinia, pero, por otro, había apoyado a la facción de Graco.³⁰ La fórmula de la acción era más o menos como sigue:³¹

²⁶ Según Apiano, *Historia Romana*, I 3,26, las casas de Gayo y su aliado Fulvio Flaco fueron demolidas. Esta observación es parcialmente confirmada por Cicerón, quien, en su discurso *De domo sua*, (38.102), menciona que la casa de Flaco fue demolida porque había sido un aliado de Gayo Graco.

²⁷ D. 24.3 *Solutio matrimonio dos quemadmodum petatur*. También O.Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, reimp. Graz 1960, 313, incluye este texto en el capítulo *de iure dotium* en el Libro 6 de Iavoleno acerca de Labeo.

²⁸ *Topica*, 66 y *De officiis*, III, 61.

²⁹ Concluyo a partir de la palabra “*sententia*” que P. Mucio actuó como juez. En la literatura romanista, no obstante, la naturaleza del problema y el papel de Mucio son interpretados de modo diferente: está generalmente asumido que la dote de Licinia había sido confiscada y que P. Mucio, su tío, había pedido en el Senado que toda la dote le fuera devuelta a Licinia. Que se asuma la confiscación se basa en un texto de Plutarco, i.e., en la conclusión de su biografía de Gayo Graco, y la palabra *sententia* se interpreta como “opinión”. Para mis argumentos contra esta postura, vid. “The Role of the Judge in the Formulary Procedure”, en *Journal of Legal History* 22 (2001), 1-13.

³⁰ El padre de Licinia era Q. Mucio Escévola, quien, tras su adopción, pasó a ser conocido como P. Licinio Craso Dives Muciano. Cfr. R.A. Baumann, *Lawyers in Roman Republic Politics*, Munich, 1983, 286-289.

³¹ O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, 3ª ed, Leipzig 1927, reimp. Aalen 1956, 305, reconstruye el *acto rei uxoriae* como sigue: *Si paret Numerium Negidium Aulae ageriare dotem partemve eius reddere oportere, quod eius melius aequius erit, eius iudex Numerium Negidium Aulae Ageriae condemnato, si non paret absolvo*. Por supuesto, esta reconstrucción refleja oficialmente el edicto pretoriano de 130, cuando el emperador Adriano ordenó a Salvio Juliano, el más famoso jurista de su tiempo, redactar una versión definitiva del edicto. De hecho, no obstante, el texto del edicto no había cambiado realmente después de 50 a. C., cuando la *actio de dolo* fue insertada.

Publio Mucio Escévola será juez. Si resulta que los herederos de Gayo Graco deben devolver a Licinia la dote o parte de ella, entonces tú, el juez, debes condenar a los herederos a lo que sea mejor o más justo para ella, y si resulta que no, debes absolverlos.

Las palabras cruciales en esta fórmula son “lo que sea mejor o más justo para ella”, o, en latín, *quod eius melius aequius erit*. Indican que el juez no tenía que basar su decisión en una ley o en un contrato, sino sólo en la *bona fides* y la *aequitas*, la equidad. No había necesidad de que las partes litigantes insertaran defensas. Las palabras *quod eius melius aequius erit* son tan generales que ambas partes podían interpretarlas de manera que se ajustaran a su propio interés.

Desafortunadamente, no sabemos quienes eran los abogados pero podemos intentar reconstruir sus alegatos. Del texto de Iavoleno, queda claro que el punto principal decidido en este juicio era que un marido debía responder no sólo por el daño infligido a la propiedad dotal con ánimo fraudulento sino también por el daño causado por su negligencia. Parece que, hasta 121 a.C., el marido era sólo responsable por fraude. Por tanto, parece que el abogado de los herederos de Graco habría argumentado en la constitución de la fórmula que los objetos en cuestión no habían sido perdidos como consecuencia de mala fe por parte de Gayo Graco sino como consecuencia de circunstancias más allá de su control, *videlicet*, las revueltas en el momento de su muerte. Por tanto, los herederos no podían ser obligados a pagar el valor de esos objetos a Licinia.

El abogado de Licinia evidentemente replicó que este daño debía ser compensado con más motivo porque Gayo Graco había dado motivos para que ocurrieran los disturbios, como consecuencia de los cuales se perdieron los bienes. Gayo podía haber previsto que su conducta tendría consecuencias de largo alcance, y así, insistiendo en esta conducta, había actuado imprudentemente con respecto a la dote. Sería injusto que ella sufriera las consecuencias de su comportamiento imprudente.

¿Cómo puede interpretarse estos alegatos de acuerdo a la teoría retórica? Ya que no hay leyes implicadas, parece que la cuestión tiene un status *rationalis*. Los herederos reconocieron que le debían la dote a Licinia, pero la cuestión era cómo esta obligación había de ser interpretada. Ya que su alegación se orientaba a la interpretación de las palabras *quod eius melius aequius erit* en la fórmula intentando a identificarla como una cuestión de *definitio*. El abogado de los herederos podía elegir el tópico de la *aequitas*: sería justo que los herederos fueran tratados del mismo modo que los anteriores maridos y sus herederos. Los objetos dotales habían pertenecido a la propiedad de Gayo Graco. Él los había tratado del mismo modo que había tratado el resto de sus propiedades. Ahora que su casa con todo lo que había en ella había sido destruida, no podía considerársele responsable de la pérdida de los objetos pertenecientes a la dote. Por tanto, sus herederos tampoco tendrían que pagar su valor a su viuda. Otro tópico que el abogado de los herederos podía elegir era el de la distinción. Podía argumentar

que las reglas para una dote consistente en dinero son diferentes de las que hay para objetos específicos. Por supuesto, un marido era siempre responsable del dinero y otros fungibles, pero su responsabilidad por los objetos específicos se limitaba al fraude.

El abogado de Licinia también podía referirse a la equidad. El abogado podía haber señalado que el propósito de la dote era no sólo contribuir a la manutención de la mujer durante el matrimonio, sino también proveerla de los medios para mantenerse por sí misma después de que el matrimonio se hubiera disuelto. Gayo Graco había sido el propietario de su dote pero, durante el matrimonio, estaba obligado a cuidar la propiedad dotal de tal manera que él o sus herederos fueran capaces de devolvérsela al final del matrimonio. Esta obligación implicaba no sólo responsabilidad por fraude sino también por negligencia. Por tanto, era justo que los herederos le pagaran a ella el valor de los objetos que habían sido perdidos por negligencia de Graco. Finalmente, el abogado de Licinia podía también negar que las reglas para el dinero dotal difirieran de las reglas para otra propiedad dotal, y argumentar que una dote es una dote.

Publio Mucio Escévola dictó sentencia a favor de Licinia. Como es usual, el texto no menciona la razón detrás de esta decisión. Creo que Escévola pudo haber sido influido por la relativamente nueva idea de que un marido, a pesar de ser propietario de la dote, no era en realidad más que un administrador que tenía que cuidar de la propiedad dotal como si perteneciera a su esposa. Con este juicio Escévola cambió la posición legal de los maridos en cuanto a las dotes de sus esposas. A partir de entonces, su propiedad se redujo gradualmente a un derecho de usufructo, y su libertad de disposición cambió a deber de administración.

Escévola emitió su sentencia oralmente en presencia de ambas partes. Él mismo se ocupó de recogerla por escrito. Ya que la administración de justicia no estaba organizada por el Estado, no había recopilaciones oficiales de sentencias. Por tanto, los expertos legales como Escévola recopilaban sus propias sentencias o las de otros jueces, especialmente si ellos habían dado consejo en el caso en cuestión.

Por su parte, Servio Sulpicio Rufo recogió también la sentencia de Escévola, y también lo hizo, probablemente, Labeo, y de nuevo Iavoleno Prisco. Se desprende que todos estos juristas consideraron la sentencia como una importante contribución para el desarrollo del derecho romano. Ya que se basa en los alegatos de los abogados, instruidos en retórica, queda claro que la retórica ha sido importante para el desarrollo del derecho romano en el procedimiento formulario.

4. Conclusión.

En la retórica romana, la oratoria judicial ocupó sin duda una posición preeminente. No obstante, no sólo se utilizaba en las cortes criminales y, para los casos de derecho privado, en las cortes de los *centumviri*, sino también en la del *unus iudex*. La

introducción del procedimiento formulario eliminó las limitaciones tradicionales y creó una necesidad de interpretar las *formulae* existentes y de hacer nuevas. El arte de la oratoria ofrecía los medios para hacerlo eficientemente.

Cicerón, en su *De oratore*, hace a Craso decir que, en Roma, el conocimiento del derecho civil estaba considerado como mucho más importante que en Grecia, porque allí los hombres de la más baja condición social actuaban como ayudantes de los oradores en los juicios, mientras que en Roma los más eminentes y distinguidos se ocupaban de esta tarea.³² Esta diferencia puede también explicar por qué fue el derecho romano y no el griego el que conquistó el mundo occidental. Sin embargo, fue la retórica griega la que hizo al derecho romano suficientemente fuerte para lograrlo.

³² Cicerón, *De oratore*, I,198.