

## RETÓRICA Y DERECHO ROMANO EN LO PEQUEÑO

José María Ribas Alba  
Sevilla

Pertenece a la naturaleza de la Retórica su vocación relacional. Persuadir, convencer, son conceptos que requieren un campo en el que poder ser desplegados. Entre ellos, junto con otros muchos como, por ejemplo, el de la educación (C.Naval 1992) o el de la predicación eclesiástica (A.Olivar 1991), por citar dos casos recientemente estudiados con gran brillantez, ocupa también un lugar el mundo del Derecho. A nadie podrá extrañar la trascendencia de las conexiones entre lo jurídico y lo retórico, entre dos disciplinas que aspiran a la racionalización de la vida social y a la supresión pacífica de los conflictos; en palabras de Vives (1948: 453), "el vínculo principal y la consistencia de todas las sociedades humanas son la justicia y la palabra." Sólo la especialización tiránica, que independiza ficticiamente los objetos estudiados, es responsable de la habitual falta de entendimiento entre dos disciplinas que se dan sentido mutuamente en un gran número de problemas, en los que tener en cuenta estas dos dimensiones, es la única forma de comprender los fenómenos tal como se dan en la realidad.

La tensión habitual entre el jurista y el rétor se plantea con toda claridad en Roma. En primer lugar, por la peculiar configuración del sistema procesal romano en el que ambas profesiones, como veremos a continuación, se reparten papeles igualmente importantes. En segundo lugar, por un motivo de raíces más profundas que se enmarca dentro de un conflicto genérico en el que la Retórica representa a Grecia, mientras que el *ius* era percibido como una creación genuina del genio latino. La expulsión de los rétores y filósofos decretada en el 161 a.C. manifiesta con suficiente contundencia el horror de la clase dirigente romana, de la *nobilitas*, ante la supuesta pérdida de su propia identidad cultural (S.F.Bonner 1977: 66 ss.). No obstante, estas resistencias iniciales nada pudieron a medio y a largo plazo. La Retórica fue en Roma, como en todo el mundo helenístico "la reina de la enseñanza" (H.I.Marrou 1985: 257) y el camino más transitado y duradero para acceder de una u otra forma a la vida pública. Julio César y Agustín de Hipona, tan lejanos en el tiempo y en tantas otras cosas, utilizaron magistralmente aunque con finalidades distintas sus conocimientos de elocuencia. En realidad, el papel central de la Retórica no terminó con la caída de Roma; mantuvo su influencia hasta el siglo XVIII y ahora parece estar viviendo un renacimiento (B.Mortara Garavelli 1988: 55).

¿Cuál fue la relación entre el Derecho Romano y la Retórica? O mejor: ¿Fue el Derecho una disciplina autónoma, inmune a su influencia? Es este un problema que desde hace mucho tiempo se viene planteando la romanística (entendida en este contexto como el estudio del Derecho Romano), y en la que tradicionalmente las posturas estuvieron encontradas (F.Wieacker 1988: 665 ss.). Hoy la opinión más generalizada admite la influencia aunque muy mediatizada. La discusión se desarrolla siempre desde una perspectiva muy general. Los romanistas, que estamos habituados a los estudios de detalle, abandonamos en este caso la metodología de lo concreto para sumergirnos en una discusión que roza la Filosofía jurídica y trata al Derecho Romano como una unidad conceptual. Desde este punto de vista suelen repetirse opiniones que distinguen con perfiles muy precisos una y otra disciplina. Según F.Schulz (1961: 66), el Derecho Romano se vio favorecido por la inexistencia de una Retórica judicial, que impidió en Grecia el nacimiento de una verdadera ciencia jurisprudencial. En Grecia, la única actividad profesional conectada

con la práctica forense fue la Retórica y ello no ofrecía una base favorable para elaboración teórica de lo jurídico (M.Bretone-M.Talamanca 1981: 32). Por el contrario, Roma conoció una jurisprudencia especializada que aplicaba una metodología original (M.Bretone 1982). El carácter específico de la *iurisprudencia* daría su fruto: P.Bonfante (1959: 275), uno de los más grandes estudiosos de nuestro Derecho, llega a hablar de una verdadera misión histórica. Como es lógico, estas tesis no niegan la aplicación del instrumental retórico en algunas parcelas jurídicas muy determinadas, como son el proceso penal público; los juicios llevados a cabo en el tribunal de los centunviro, sobre todo en asuntos hereditarios; o la aplicación en determinadas materias del *status verba-voluntas*, preferentemente en la interpretación de testamentos o de los textos legales (F.Wieacker 1988: 662 ss.).

El problema necesita de una reformulación. Este nuevo enfoque debe partir necesariamente de la crítica del concepto de Retórica utilizado en este debate. Sólo una clarificación de lo que se entiende por Retórica permitirá avanzar en la comprensión del papel que jugó en el pensamiento jurídico de Roma. Pues bien, es aquí donde la aportación de Ch.Perelman (1989), fundamentalmente en su *Tratado de la argumentación*, se revela como esencial en esta materia. Es preciso señalar que esta *nueva retórica* no supone una negación de la Retórica clásica, sino más bien un esfuerzo por recuperar algunos aspectos que habían sido descuidados en el transcurso de la historia. Obtener la adhesión del auditorio según criterios razonables que respeten la libertad fue siempre el objetivo de la Retórica en el mundo antiguo: la *inventio* era la primera "parte" de la construcción de todo discurso. Este aspecto sustancial de la elocuencia es el que debe ser aplicado al problema que nos compete. Nadie niega la formación retórica de todos los juristas romanos porque, como se sabe, aquélla era la pieza clave en la educación de todo hombre culto. Sabemos por Pomponio (Digesto 1,2,40) de casos en los que incluso se simultaneaban ambas técnicas: *Vivió por la misma época Sexto Pompeyo, tío paterno de Gneo Pompeyo, y Celio Antipatro, autor de libros de historia, el cual, sin embargo, se dedicó más a la elocuencia que a la ciencia del derecho*. Algo parecido nos cuenta el mismo autor sobre Servio Sulpicio (Digesto 1,2,43). Sólo esta formación retórica, que en la generalidad de los casos no se manifestaba de forma expresa, explica la peculiar metodología de los juristas romanos. Lo dice de manera insuperable T.Viehweg (1986: 78): "el jurista romano plantea un problema y trata de encontrar argumentos. Se ve, por ello, precisado a desarrollar una técnica adecuada. Presupone irreflexivamente un nexo que no intenta demostrar, pero dentro del cual se mueve. Es la postura fundamental de la tópica." En este sentido, ni siquiera puede considerarse que la jurisprudencia romana, en su actividad de *respondere*, fue original. Como afirma Ch.Perelman (1979: 17), "en todo caso, tanto entre los juristas romanos como entre los talmudistas o entre los glosadores de la Escuela de Bolonia, constatamos que el Derecho se elabora a través de controversias y de opiniones dialécticas o de argumentaciones en sentido diverso." Todo ello no supone negar el valor, la perfección técnica e, incluso, la belleza del sistema jurisprudencial romano. A nadie se le ocurría impugnar los resultados de la física moderna por su utilización de las matemáticas. El Derecho Romano no es grande por utilizar un método de estudio individual de problemas, sino por la forma genial de su utilización y por la profundidad de sus categorías jurídicas.

Si hemos podido identificar un concepto de Retórica válido para sus aplicaciones jurídicas, se imponen ahora algunas precisiones sobre el propio contenido y características del Derecho Romano. En primer lugar, una de orden temporal: nuestro referente es el llamado Derecho Romano clásico, que podemos situar entre los inicios de la actividad pública de Cicerón (80 a.C.) y el final de la dinastía de los Severos (235 d.C.) (G.Pugliese

1986:11). En segundo lugar, una limitación relativa al sector normativo objeto de nuestra atención: hablamos de Derecho Privado, del *ius civile* en sentido amplio. Dejamos fuera de nuestro análisis el Derecho Público, menos elaborado que el privado, y sometido a una más intensa influencia de la política, caracteres que exigirían un estudio independiente de sus relaciones con la Retórica.

Realizadas estas delimitaciones, podríamos preguntarnos qué rasgos del Derecho Romano explican y hacen posible la utilización del método retórico, y ello de una forma tan intensa que, como afirma Viehweg (1986: 90) siguiendo a Stroux, la mentalidad de los juristas y de los retóricos es la misma. Son dos los factores que ayudan a comprender la penetración de la Retórica en el *ius civile*. En primer lugar, la escasa presencia de la legislación en materias privadas (M.Kaser 1978: 128 ss.). Las instituciones privadas -desde el Derecho de familia hasta los contratos- fueron en su mayor parte una creación jurisprudencial. Cuando aparece la *lex* en estas materias, es sólo para perfilar algunos efectos, pero nunca para fundamentar o crear las instituciones. Es cierto que Roma conoció una "codificación" de su Derecho a mediados del siglo V a.C. Sin embargo, la Ley de las Doce Tablas -contamos ahora con una excelente edición debida al profesor A.Ruiz Castellanos (1992)- por la época de su promulgación, muy pronto se hizo insuficiente y debió ser objeto de una temprana *interpretatio* de la primera jurisprudencia (J.Paricio 1992: 71 ss.). La falta de regulación legislativa provocó el protagonismo de los principios en la aplicación del Derecho y, con ello, el predominio de la argumentación basada en la analogía y en la ficción, como formas de dar salida a las controversias jurídicas. Estos principios del Derecho Romano (F.Schulz 1990), no estaban sometidos al debate teórico que afecta a este concepto en la Filosofía del Derecho actual (L.Prieto Sanchís 1992). La causa es fácil de entender si se tiene en cuenta que la clase dirigente romana participaba de una mentalidad común en los aspectos fundamentales de la vida social (G.Alföldy 1988: 68 ss.). Las llamadas "escuelas" de juristas, sabinianos y proculeyanos, que aparecieron en el Principado, no suponen una diferencia relevante de ideología entre sus miembros (Bonfante 1959: 410 ss.), sino quizá un distinto enfoque de los problemas, compatible con la aceptación general de las "reglas del juego". Como afirma L.Prieto Sanchís (1992: 23), los principios otorgan al Derecho la cualidad de ser un orden normativo cuasi moral. Precisamente este engarce con la moral social fue lo que confirió al *ius civile* el carácter armónico que todavía sigue produciendo la admiración de quienes se acercan al él. Armonía entre la moral y el Derecho no significa confusión de ambos órdenes normativos. No tiene razón A.Macintyre (1987: 215) cuando escribe que "en la visión medieval, como en la antigua, no hay lugar para la distinción liberal moderna entre derecho y moral".

Hasta en las sociedades primitivas, como parece demostrar la Antropología, hay lugar para una normativa basada en la moral, sentida por los individuos como algo diferente de la religión o del Derecho (B.Malinowski 1991: 65 ss.) En todo caso, en lo que a Roma y a sus juristas respecta, la sintonía (E.Luño Peña 1947: 330) entre ambos sectores reguladores de la vida social, favoreció enormemente la reflexión jurídica basada en el caso particular y la admisión de la retórica, esencialmente de la *inventio*, en una disciplina especializada por su contenido como era la jurisprudencia.

El segundo factor que contribuyó a la aceptación del método retórico radica en la estructura y funcionamiento del sistema procesal privado de la época clásica, es decir, en el denominado procedimiento formulario (J.L.Murga 1989: 159 ss.). Este elemento procesal cualifica de forma diferente las relaciones entre Derecho y Retórica en Roma. No se trata ya de una influencia externa, en la que la Retórica serviría como una suerte de criterio

ordenador del material jurídico operado por la jurisprudencia. A través del proceso, la Retórica se configura como un ingrediente interno del propio Derecho; incide sobre él de una forma particular, en conceptos y soluciones perfectamente individualizables.

Conviene recordar que los juicios sobre controversias del *ius civile* se sustanciaban en dos fases. En la primera, el Pretor, magistrado jurisdiccional, determinaba con ayuda de las partes, el objeto del litigio y concedía la *actio* correspondiente de entre las posibles que contenía su Edicto. En la segunda fase, el asunto pasaba al conocimiento de un juez privado que, sobre la base de la fórmula redactada previamente, dictaba sentencia en función de los resultados de la prueba (M.Kaser 1966: 268 ss.). Esta brevísima descripción creo que basta por sí sola para rechazar la opinión tradicional que señala la poca presencia de la Retórica en este tipo de litigios (F.Wieacker 1988: 664). Por una parte, las acciones procesales que ofrece el Pretor no se configuran como un sistema cerrado; en su actividad jurisdiccional la analogía juega un papel principal, sobre todo en las llamadas acciones útiles y ficticias. La argumentación a través de principios tiene también un extenso campo de aplicación cuando se trata de solicitar la tutela de los derechos, por ejemplo, a través de la *restitutio in integrum*. La atención preferencial por el caso particular queda probada por la posibilidad de que el magistrado "improvisar" en su Edicto una acción nueva cuando la justicia parezca aconsejar esta solución.

El desarrollo del litigio ante el juez -en esta segunda fase denominada por ello *apud iudicem*- ofrece un conjunto de rasgos que avalan suficientemente nuestra posición. El juez es un ciudadano sin especiales conocimientos de Derecho. Es elegido por las partes o extraído de una lista integrada por personas en las que concurren determinadas condiciones de edad y patrimonio. Se comprenderá por ello que las alegaciones se estructuraran con arreglo a un criterio argumentativo en el que lo jurídico aparece en pie de igualdad con las técnicas de la elocuencia. Si el jurista era el asesor ante el Pretor, es ahora el rétor quien suele prestar su colaboración. Ante el juez se realiza la prueba sin ningún tipo de limitaciones formales de signo jurídico: de nuevo otra vía de penetración de una de las técnicas más elaboradas del pensamiento retórico (B.Mortara Garavelli 1991: 84 ss.). Junto con ello, el juez podía evitar el pronunciamiento de la sentencia cuando el asunto no le pareciera suficientemente claro (M.Talamanca 1990: 354). La sentencia, que no era recurrible ni debía ser fundamentada, pone fin al litigio. Como se observa, el juicio privado -en sus dos fases-, no es que admita por la propia naturaleza de las cosas un conjunto de influencias extrajurídicas: el fenómeno puede comprenderse mejor afirmando, si se nos permite la prosopopeya, que el sistema judicial privado romano ha asumido voluntariamente, dentro de su misma estructura, un ingrediente que no dudamos en calificar como retórico, y lo ha hecho con la finalidad de acercar el mecanismo judicial a la realidad social. Nuevamente conviene subrayar que las consideraciones anteriores no suponen un menoscabo de la técnica jurídica, ni la defensa de la sentencia como fuente del Derecho (M.Kaser 1986: 53), todo lo contrario. Si en Roma el Derecho brilló con tanta luz fue precisamente por su capacidad de integración de las categorías jurídicas en un sistema abierto y preparado para dar respuestas ágiles a las transformaciones que afectan a toda comunidad política.

Estos presupuestos estructurales del Derecho clásico explican también que muchos de sus conceptos y categorías hayan sido tantas veces mal comprendidos cuando han sido estudiados con una mentalidad formalista, alejada del contexto procesal para el que fueron diseñados. Consideraciones de espacio nos imponen evitar el desarrollo pormenorizado de todas estas figuras, cuyo análisis habrá que dejar para otra ocasión. Sin embargo, para ejemplificar la tesis anterior, podemos terminar con la enumeración de algunos de estos

conceptos jurídicos pero susceptibles de una aplicación retórica: la existencia o inexistencia del matrimonio (P.Bonfante 1963: 257); la calificación de cosa principal y accesorio en la accesión (M.Talamanca 1990: 417); el testamento inoficioso (A.Fernández Barreiro-J.Paricio 1991: 517 ss.); el régimen de responsabilidad contractual y, en especial, los conceptos de dolo y de culpa (G.Pugliese 1986: 658 ss.); la calificación de los gastos como necesarios, útiles o voluntarios (P.Bonfante 1963: 493); el régimen de obligaciones y de responsabilidad de todas las figuras basadas en la buena fe (J.L.Murga 1989: 242 ss.).

## BIBLIOGRAFÍA

- Alföldy, Géza**, Historia social de Roma, 3ª ed., Madrid, 1988.
- Bonfante, Pietro**, Storia del diritto romano I, reimpresión de la 4ª ed., Milano, 1959. Corso di diritto romano I, reimpresión de la 1ª ed. Milano, 1963.
- Bonner, Stanley F.**, Education in Ancient Rome. London. 1977.
- Bretone, Mario**, Tecniche e ideologie dei giuristi romani, 2ª ed., Napoli, 1982.
- Bretone-Talamanca**, Il diritto in Grecia e a Roma, Bari, 1981.
- Fernández Barreiro-Paricio**, Fundamentos de derecho patrimonial romano, Madrid, 1991.
- Kaser, Max**, Das römische Zivilprozessrecht, München, 1966. Römische Rechtsgeschichte, 2ª ed., Göttingen, 1978. Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, Wien-Köln-Graz, 1986.
- Luño Peña, Enrique**, Derecho Natural, Barcelona, 1947.
- Macintyre, Alasdair**, Tras la virtud, Barcelona, 1987.
- Malinowski, Bronislaw**, Crimen y costumbre en la sociedad salvaje, Barcelona, 1991.
- Marrou, Henry-Irenee**, Historia de la educación en la antigüedad, Madrid, 1985.
- Mortara Garavelli, Bice**, Manual de Retórica, Madrid, 1991.
- Murga, José Luis**, Derecho romano clásico: el proceso, 3ª ed., Zaragoza, 1989.
- Naval, Concepción**, Educación, Retórica y Poética, Pamplona, 1992.
- Olivar, Alexandre**, La predicación cristiana antigua, Barcelona, 1991.
- Paricio, Javier**, Historia y fuentes del Derecho Romano, 2ª ed., Madrid, 1992.
- Perelman, Chaim**, La Lógica jurídica y la nueva Retórica, Madrid, 1979. Tratado de la argumentación, con la colaboración de L.Olbrechts-Tyteca, Madrid, 1989.
- Prieto Sanchís, Luis**, Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, Madrid, 1992.
- Pugliese, Giovanni**, Istituzioni di diritto romano I, Padova, 1986.
- Ruiz Castellanos, Antonio**, Edición y traducción de la Ley de las Doce Tablas, Madrid, 1992.
- Schulz, Fritz**, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar, 1961. Principios del Derecho Romano, Madrid, 1990.
- Talamanca, Mario**, Istituzioni di diritto romano, Milano, 1990.
- Viehweg, Theodor**, Tópica y jurisprudencia, Madrid, 1986. Hay una 5ª edición alemana, München, 1974.
- Vives, Juan Luis**, Las disciplinas, en Obras Completas, tomo II, a cargo de L.Riber, Madrid, 1948.
- Wieacker, Franz**, Römische Rechtsgeschichte I, München, 1988.