

COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE FILOSOFÍA

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

Décima Reunión (Primera del año 2009)

RETÓRICA Y JURISPRUDENCIA EN ROMA

“Se ve progresivamente disecar las palabras y se acaba por creer que ellas son las cosas”.

Yan-Patrick Thomas

“Confunden la fórmula que designa con el objeto designado. Y han confundido la fórmula que es sombra plana del cedro con el cedro en su volumen, su peso, su color, su carga de pájaros y su follaje que no sabrían expresarse en el débil viento de las palabras”.

Antoine de Saint-Exupéry

I.- De Grecia a Roma.

Hoy, comenzamos la segunda y última etapa de nuestro curso. Hasta ahora, después de los temas propedéuticos, imprescindibles como fundamento, nos hemos detenido en Grecia, en la elaboración primera de los conceptos de la filosofía, de la lógica y de la retórica. Hemos tratado, en la medida de nuestras posibilidades de acercarnos a ese pueblo, el cuál supo responder con solvencia, a la pregunta *¿qué es la justicia?*; sin embargo, la Hélade, a pesar de los esfuerzos de filósofos, retóricos y logógrafos, no encontró respuesta adecuada a un segundo interrogante: *¿cómo se hace justicia?* Este es el legado principal de los romanos, el hallazgo de los medios adecuados para concretar la justicia. Como señala Biondo Biondi: *“la lógica que los griegos ejercitaban en el campo especulativo, la ejercitan los juristas romanos con finalidades prácticas en el campo del derecho”*¹.

II. Etapas de la evolución jurídica romana.

Para poder ubicarnos a través de los siglos, en Roma podemos señalar cuatro etapas de su evolución jurídica: la religiosa, la secularizadora, la filosófica y la compiladora.

¹ *Arte y ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1953, p.42.

a) Etapa religiosa.

La primera etapa de la forja del derecho romano es religiosa. En ella los jueces y magistrados no pasaron de repetidores de los pontífices, ecos de un saber que les era por completo extraño, pues “en cada una de las instituciones jurídicas, sea el matrimonio, el poder supremo o la urbe romana *civitas maxima*, el derecho depende de la religión, es manifestación de lo religioso en la vida de convivencia”².

Júpiter es el dios del derecho y el protector de la ciudad y el *ius*, en ese tiempo, era la aplicación del *fas* a los casos particulares. El *fas* es permiso u orden de los dioses; de allí derivan *fastus*, autorizado, *nefastus*, prohibido, por el orden religioso, epítetos “aplicable sobre todo a los días”³.

Los pontífices, hacedores de puentes, intermediarios entre los dioses y los hombres, son intérpretes de la voluntad divina y su misión no es crear el *ius*, sino “captar aquello que los dioses quieren aquí y ahora, respondiendo a las preguntas de los hombres”. Las fórmulas sagradas de la adivinación de su querer es el sendero por donde se conoce el derecho; es un conocimiento mágico “para entenderse con Júpiter, porque a los dioses se los interroga impetrando, no argumentando”⁴.

Los auspicios eran signos divinos que debían interpretarse para conocer la voluntad de Júpiter sobre un acto a realizarse. El derecho augural reconoce signos distintos según vengan del cielo (relámpagos, truenos, rayos), del vuelo o canto de las aves (observar al ave), de la manera como éstas comen, del encuentro con un animal cuadrúpedo y de cualquier acontecimiento accidental de la naturaleza.

El más importante era la observación de las aves, *ex avibus*, de donde derivan *augur*, *augurium* y *auspicium*. *Augur* deriva de *avis* y de *genere*, que quiere decir hacer, cumplir, porque por medio de él se interpreta el vuelo y el canto de las aves; de aquí se deriva también *augurio*⁵.

Respecto a la adivinación, no siempre las advertencias de los augures, hermeneutas del querer de los dioses, eran secundadas por los gobernantes, sobre todo en época de guerra, en la cual “al jefe del ejército acompañaba siempre una persona que con el título de *pullarius* estaba encargada de la custodia y manutención de los pollos sagrados conducidos en una jaula”⁶. Valerio Máximo refiere el caso de un general de la primera guerra púnica que al serle objetado que los pollos no querían comer, lo que se

² Elías de Tejada, Francisco, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla, 1977, T. II, p. 291.

³ Ernout A., Meillet A., *Dictionnaire Étymologique de la langue latine, Histoire des mots*, Klincksieck, Paris, 1979, p. 217. Según Varro, “Días fastos son aquéllos en los cuales está permitido a los pretores decir todas las palabras sin tener que ofrecer la ofrenda expiatoria...días nefastos son aquéllos en los cuales está prohibido por los dioses, decir a los pretores: yo doy (*do*), yo digo (*dico*), yo hago la *additio* (*addico*, reconozco, apruebo); además no se puede accionar en esos días puesto que cuando se cumpla algunas de las acciones de la ley es necesario servirse de alguna de estas palabras” (Citado por di Pietro, Alfredo, *Verbum Iuris*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, ps. 71/72).

⁴ Elías de Tejada, ob. cit. T. II, ps. 303 y 308. Biondi señala “que en la antigua confusión entre religión y derecho, se consideraba a los sacerdotes como las personas más justas y prudentes” (ob. cit., p. 38).

⁵ Cranwel Ricardo E. *Las magistraturas bajo la República*, J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1914, ps. 89/91.

⁶ Cranwel, ob. cit. p. 95.

interpretaba como mal augurio, los echó al mar diciendo: “pues no quieren comer, que beban” (I, 4, 3).

De todos modos, en esos tiempos, *el derecho era una cosa sagrada*. Los magistrados no lo conocían; no eran otra cosa que ejecutores de las sugerencias de los pontífices. Era una época de comercio limitado y escasa relevancia del derecho patrimonial, de mayor importancia del derecho familiar y sucesorio, relacionados con el *ius sacrorum* y el *ius sepulcrorum*, lo cual también explica que los pontífices estudiaran el *ius civile*.

Roma expresaba su politeísmo en una gran cantidad de dioses protectores, lo cual en lo humano se concreta en el cuidado del hombre desde la concepción (*Ianus*), hasta sus funerales (*Nenia*). Es por eso que Petronio puede decir que “nuestro país está tan poblado de divinidades que es mucho más fácil encontrar un dios que un hombre”⁷.

b) Etapa secularizadora.

La segunda etapa es secularizadora. El *ius* comienza poco a poco y paulatinamente a distinguirse del *fas*. Según Elías de Tejada esa secularización se inicia a mediados del siglo V a.C. con la redacción de las XII Tablas, en las cuales perduran residuos de ritos mágicos; son años de claroscuros donde todavía estaban confundidos los deberes religiosos con las obligaciones jurídicas.

La ciencia del derecho nace en Roma cuando los juristas comienzan a razonar sus respuestas, a trasladar los planteamientos jurídicos desde el formalismo ritual al meollo de las cuestiones. Los jueces, los abogados y los pretores, cuando no eran juristas, comenzarán a asesorarse con ellos, llamados por ese papel jurisconsultos, como antes lo hacían con los pontífices.

El valor de la respuesta dependía de la autoridad de su autor y así cuando había cierta unanimidad en los juristas era innecesario dar razones para el caso. Esta “autoritaria seguridad explica el estilo escueto y preciso de los juristas, que recuerda la más genuina prosa romana arcaica”. Y la actividad consultiva, a veces, iba más allá de lo jurídico. Y así, Horacio, pone en boca del jurista Trebacio el siguiente *responsum* sobre la mejor manera de combatir el insomnio: “Quien quiera por la noche bien dormir, tres veces a nado cruce el Tíber, y un buen trago, antes de acostarse, tome de vino”⁸.

Pero además, el jurista es *jurisprudente*, es encarnación de la *prudentia iuris* que constituye una actividad cuyo fin es práctico pues “está dirigida a conseguir lo que es justo y oportuno en la vida social”⁹.

El jurista es el prudente que sabe, atendiendo a todas las circunstancias relevantes, adaptar el derecho a las necesidades de la vida, uniendo teoría y práctica, interpretación y creación del derecho, el derecho positivo y lo político jurídico.

El jurisconsulto no es uno de esos hombres “puros”, que criticamos el año pasado en el homenaje a Juan Vallet de Goytisolo, pues para conseguir concretar su fin

⁷ Citado por di Pietro, ob. cit., p. 20.

⁸ D’Ors Alvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid, 1963, p. 80.

⁹ Biondi, ob. cit., p. 37.

“se vale de todos los medios y de todos los conocimientos: medicina, religión, retórica, filosofía, historia, filología”¹⁰, le sirven.

Así, en el caso de la medicina, Paulo confiesa tomar de Hipócrates el plazo de la gestación¹¹, y en el caso de la filosofía, es interesante el influjo griego, en particular de Platón, de Aristóteles y del estoicismo.

Como aquí nos interesa más la influencia de la filosofía podemos preguntarnos: en el caso de los juristas ¿cuál fue la influencia preponderante? La gran mayoría de los intérpretes, a la cual adheríamos hace muchos años, sostiene que el estoicismo fue la nave que unió a Grecia con Roma y que las “ideas filosóficas griegas llegan a través de los pensadores del estoicismo romano y de Cicerón a ponerse en contacto con los grandes juristas”¹². Pero luego hemos cambiado de opinión, sin ningún travestismo académico, pasando a militar en la minoría que sostiene la influencia preponderante de Aristóteles, porque como al fin y al cabo escuchamos una vez preguntarse, con cierta sorna, a un político, experto vernáculo en mayorías prácticas: ¿por qué la minoría no puede tener razón? El experto y sale en versito, se llamaba Perón.

Según el filósofo y romanista francés Michel Villey, para los juristas ocupados en la búsqueda de soluciones justas, el punto de partida es lo *justo natural*... “en cuanto a los textos legislativos, ley en sentido estricto, edicto del pretor o de otros magistrados, senado-consultos... sólo aportan determinaciones en el cuadro de lo justo natural”¹³.

El punto de partida es la “lectura” de un orden natural inteligible para el hombre, de una naturaleza completa, que incluye bienes y valores, exigencias que el jurista sabe conciliar con las posibilidades de la vida.

En esta tarea conciliadora se tienen en cuenta las tradiciones¹⁴, la experiencia y la propia intuición. Posteriormente se precisan los fundamentos racionales y se compendian en reglas, pero sin abusar de las abstracciones, pues la filosofía que prospera en Roma no es especulativa, sino práctica. Como señala Biondi: “las especulaciones, que para los griegos constituyen la tarea más alta de la vida, para los romanos no son más que *otium*, considerado en alguna época tan deletéreo para la vida social, que un senado-consulta del 161 c. C. autorizó al pretor para que prohibiese la estancia en Roma a retóricos y filósofos”¹⁵.

¹⁰ Biondi, ob. cit., p.61.

¹¹ *Respuestas*, Libro XIX, en *Digesto*, L. I, T. V, 12, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Jaime Molinas, Barcelona, 1889, p. 214, donde dice: “Está ya recibido por razón de la autoridad del doctísimo varón Hipócrates, que al nacer al séptimo mes es parto perfecto...”.

¹² *Curso de Derecho Natural*, El Cid, Mar del Plata, 1967, p.68.

¹³ *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, París, 1968, p.67. Biondi aclara: “Se ha dicho que todos los juristas clásicos están empapados de estoicismo; sin embargo en influjo estoico fue limitado: sólo llegó hasta donde las nuevas doctrinas habían invadido la conciencia social” (Ob. cit., p. 150)

¹⁴ Biondi considera que “el tradicionalismo más tenaz puede conciliarse con las innovaciones más atrevidas. Nosotros, los modernos, demasiado habituados a cambios improvisados, ansiosos de novedades y desdeñosos del pasado, difícilmente podamos apreciar el valor de la tradición” (Ob.cit., p.53).

¹⁵ Ob. cit., ps. 62/63.

Después de los primeros juristas hasta cuyo nombre se ha perdido en la noche de los tiempos¹⁶, aunque algunos aparecen citados en Digesto, surge, como punto de referencia, Quinto Mucio Escévola¹⁷, cónsul en el año 95 a. C. quien escribió una obra fundamental, de la que nos han llegado aislados pasajes, en la cual se expone por primera vez, en forma sistemática, el *ius civile*. Según se puede conjeturar, la obra estaba dividida en cuatro grandes capítulos: herencia, personas, cosas y obligaciones.

La herencia, ante todo distinguiendo la testamentaria de la intestada. Y ¿por qué comienza con este tema? Porque en las sucesiones se ventilaba la estructura y la continuidad de las familias. Luego, las personas, antecediendo el matrimonio al hombre, porque en Roma significaba más la familia que el individuo. En tercer lugar, las cosas y finalmente, las obligaciones, clasificadas según procedan de un contrato o de un delito.

Quinto Mucio Escévola fue pretor en Asia, una de las provincias más ricas y a la vez, más abandonadas, y allí dio un golpe ejemplar: “*sin distinguir entre italianos y provincianos, entre grandes y pequeños, había dado oído a todas las quejas, y obligado a los mercaderes y publicanos a pagar con la vida cuando se les probasen sus exacciones. Implicados en un crimen capital algunos de sus agentes más importantes y más despiadados, se mostró sordo a todas sus ofertas corruptoras, e hizo que los crucificasen.* Aprobó el Senado esta conducta; y, después de él, ordenó a los gobernadores de Asia que siguiesen por regla las máximas administrativas de Escévola”¹⁸.

Es muy importante, en tiempos como los nuestros en los cuales abunda la corrupción, destacar la actitud ejemplar del gran jurista que lo llevó a enfrentar a la llamada por Tito Livio *ordo publicanorum*. Los llamados *publicani*, o sea publicanos, reciben su nombre del impuesto que los romanos debían pagar y que se llamaba *publicum*; pero el gobierno que lo imponía no lo cobraba, sino que arrendaba por una suma su cobro a estos contratistas de los impuestos que también tomaban a su cargo la construcción de las obras públicas. Así se formó una clase financiera que cuando tenía que acumular grandes capitales formaba *societatis publicanorum*.

Aquí tenemos ahora, en la Argentina, y hace un tiempo lo hemos escrito,¹⁹ otros publicanos, pero estos son a título gratuito: somos todos nosotros queridos colegas, responsables y recaudadores de impuestos, tasas, servicios y contribuciones.

De vuelta en Roma, como señala Cicerón respecto al gran jurista, al honesto, severo y valiente político: “La casa de un jurisconsulto es sin duda como el oráculo de toda una ciudad. Testigos sean la casa y el vestíbulo de Quinto Mucio (Escévola), a quien aun en su vejez y agobiado de enfermedades, vemos rodeado diariamente de escogidísima y numerosa clientela”.

¹⁶ Como señala Biondi: “en los tiempos más antiguos, el derecho es un producto de una serie anónima de juristas que durante siglos dieron su aportación de sabiduría y cuyos nombres se pierden bajo la denominación de *ius civile*. Así se reconocen una a una las distintas servidumbres y contratos, igual que las disposiciones testamentarias. La garantía por evicción se considera inherente al mismo contrato de compraventa” (ob.cit., p. 44).

¹⁷ Existió otro Quinto Mucio Scévola, primo del mencionado, llamado “el Augur”, que fue cónsul en el año 117 a.C.

¹⁸ Mommsen, Teodoro, *Historia de Roma*, Joaquín Gil, Buenos Aires, 1960, p. 489.

¹⁹ *La argumentación del notario*, en *La argumentación de los operadores jurídicos*, Puy Muñoz Francisco-Portela Jorge, Educa, 2005, p. 73.

Pues nada hay más glorioso, en la vejez para quien ha desempeñado todos los honores, lo que dicen los versos que él mismo cita:

“Inciertos van y de prudencia ajenos;
Mas yo con mi consejo los ilustro,
Y disipo las tinieblas de su mente”²⁰.

En Roma, aparece una segunda figura, pero discutida; es la de Servio Sulpicio Rufo, cónsul en el año 51 a.C. Algunos, como Cicerón, lo consideran el verdadero fundador de la jurisprudencia romana, pero una anécdota, relatada por Pomponio y recogida en el Digesto, parece desmentirlo: “de Servio Sulpicio, que alcanzó el primer lugar en la oratoria forense, más exactamente el segundo después de Marco Tulio Cicerón, se cuenta que una vez fue a consultar a Quinto Mucio Escévola sobre un asunto de un amigo suyo; que Mucio le dio la respuesta jurídica, pero Servio entendió poco; interrogó otra vez a Mucio, pero tampoco entendió la respuesta de Quinto Mucio, por lo que éste le reprendió diciendo que era vergonzoso para un patricio, noble y orador forense como él, ignorar el derecho al que se dedicaba. Herido Servio con aquella especie de afrenta, se dedicó a estudiar el derecho civil”²¹.

Pero parece que no le hizo caso en lo inmediato, porque se fue a Rodas para perfeccionarse en la retórica. Sólo a su retorno comenzó a estudiar jurisprudencia. En el año 46 a. C. Julio César lo nombró procónsul de Achaia y en el año 43 a.C. falleció.

Luego, aparece la llama “*etapa clásica central*” de la jurisprudencia romana que transcurre desde Augusto hasta Adriano, en el período comprendido entre los años 30 a.C. y 130 de nuestra era.

La enseñanza pública del derecho había comenzado con Tiberio Coruncanio y fue contemporánea a la secularización del *ius civile*. Esto fue algo nuevo, pues como relata Pomponio en su *Manual*, “los anteriores a éste procuraban mantener en secreto el derecho civil, y solamente se prestaban a evacuar consultas, más bien que enseñar a quienes querían aprenderlo”²². Si alguien quería estudiar derecho debía frecuentar la casa de un jurista, leer sus libros y asistir a las visitas de algunos clientes.

Pero es bajo Augusto cuando la enseñanza y el aprendizaje del derecho se extiende con la fundación de los *auditorium (stationes iuris docentium aut respondentium)*, A partir de entonces “tenemos la fundación y pugnas de las seculares escuelas de los Proculeyanos y de los Sabinianos”, Sin embargo, como afirma Angel Bascuñán Valdés, “*la enseñanza jurídica no consiguió constituirse en una disciplina plenamente autónoma, sino que continuó integrando la retórica*”²³.

²⁰ *De Oratore* (Diálogos del Orador), Emecé, Buenos Aires, 1943, p. 67.

²¹ *Digesto*, L. I, T. II, 43, en edición citada, ps. 206/207.

²² *Digesto*, L. I, T. II, 35, en edición citada, p. 205. Esto es negado por Alvaro D’Ors, pero sin invocar ningún fundamento, cuando dice: “La actividad de Tiberio Coruncanio se desarrolló en la mitad del siglo III a. C. Fue un insigne jurisconsulto, pero no es exacta la tradición de que fue el primero en dar *responsa* públicamente”, nota a *Las leyes* de Marco Tulio Cicerón, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, p. 173

²³ *Pedagogía jurídica*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1954, p. 60. Señala Biondi que “habían estudiado quizá en las escuelas de retórica, pero no son retóricos, como los retóricos, no son juristas”, aclarando que en esas escuelas los juristas “toman sistemas, medios y procedimientos dialécticos, no para

Esta etapa clásica central comienza con Labeón, fundador de la escuela proculeyana, quien permaneció fiel al ideal republicano heredado de su padre y por ello, apenas ascendió en el *cursus honorum*, desarrollando su vocación de jurista.

También entonces nace la escuela sabiniana,²⁴ que debe su nombre al jurista Sabino, su fundador, según algunos autores, mientras otros retrotraen la fundación a un antagonista personal y político de Labeón, llamado Capitón, en tanto una tercera opinión sostiene que fue fundada por Casio Longino, discípulo de Sabino.

Desde Pomponio se han contrapuesto ambas escuelas como si fueran sectas. A esto se opone Biondi cuando señala que “no existía entre ellas ninguna oposición de principios y que las discordancias arrancaban de una diversidad de opiniones sobre puntos aislados, y no es improbable que en la formación de la oposición haya contribuido la diversidad de las *stationes*, sin excluir la simpatía o antipatía fundada incluso en distintas tendencias políticas”²⁵.

Entre las obras de Sabino cabe destacar un manual para la enseñanza elemental del derecho: “*Libri tres iuris civilis*”, el primero de los que históricamente tenemos noticia, cuya estructura es similar a la de Quinto Mucio Escévola.

c) Etapa filosófica.

La etapa clásica tardía, arranca en la época de Adriano y llega hasta Alejandro Severo (años 222 a 235) de nuestra era. A ella pertenecen Papiniano, Ulpiano y Paulo.

discutir sobre lo abstracto, sino para llegar a un resultado justo, intentando superar el *summum ius summa iniuria*, en ob. cit., p.63 y p.136. Esto es relativo pues lo contrario lo acabamos de ver en el caso de Servio Sulpicio Rufo.

²⁴ Respecto a la división política entre las escuelas de proculeyanos y sabinianos, escribe Rafael Bielsa: “los primeros conservaron los sentimientos republicanos, como Labeón, quien combatió los avances del imperio, rehusó el consulado que le ofreció Augusto, cultivó la filosofía estoica y, no aceptando nada por la sola autoridad, sometía todo a libre discusión. Era un innovador. Capitón, que encabezaba a los sabinianos, era un erudito sometido a quienes quitaban la libertad de su patria y apegado a lo que habían sostenido los jurisconsultos antiguos. En los tiempos que corren, (escribía en 1960), esta última escuela tendría en nuestro país muchos adeptos” (*La abogacía*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 132). Rafael Bielsa, de quien tuvimos el honor de ser alumnos fue un jurista, un patriota y un hombre honrado. Si hubiera vivido en décadas posteriores, muchos más duros serían sus términos para calificar a ciertos argentinos, a los políticos abogados que desde funciones de gobierno, sirvieron intereses extranjeros y los suyos propios y que con ausencia de decoro rindieron público examen ante personeros internacionales representantes de esos intereses; y a ciertas Facultades de Derecho, que prescindiendo de nuestra tradición jurídica, imitan en forma servil metodologías foráneas, mientras preparan técnicos carentes de toda inquietud nacional. Pero, a pesar de esto, *entendemos que en sus críticas a los sabinianos exagera y en algunos casos, como el de Sabino, que fue un osado innovador, se equivoca*. Así, *se debe a Sabino la recepción de la permuta* no reconocida por el derecho civil con el aserto de que la contraprestación puede consistir también en una cosa y en apoyo de esto cita cuatro versos de Homero. También para mantener en pie la institución hereditaria Sabino señala que una condición imposible debe considerarse como no escrita. Asimismo, “*es en el ámbito de la práctica donde surge la institución de la legítima*; se anula el testamento con el pretexto de que el testador no gozaba de todas sus facultades mentales, por el solo hecho de que no había tenido en consideración, sin motivos plausibles, a algunos herederos legítimos” (Biondi, ob. cit., p. 45).

²⁵ Ob. cit., p. 58.

Respecto a ellos afirma Elías de Tejada que “los grandes juristas romanos de los siglos II y III se apartan de sus predecesores en que mientras éstos solamente cultivaron la ciencia, ellos unían la ciencia con la filosofía del derecho”²⁶.

Esta unión entre jurisprudencia y filosofía la encontramos reconocida en forma explícita en las *Instituciones* de Ulpiano, recogidas al comienzo del *Digesto*: “Alguien nos llama sacerdotes, pues *cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseando hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas sino también por la incitación de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente*”²⁷.

Esta alta misión del jurista, enarbolada como una ondeante bandera, es ratificada en sus *Reglas*, también presentes en el *Digesto* al definir la *jurisprudencia*, que para los romanos no es una serie de fallos judiciales concordantes, sino “*el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y injusto*”²⁸.

Conocimiento de cosas²⁹, no de ideas, pensamientos, palabras y menos ideologías. Conocimiento de la verdad de las cosas, pues como sostiene Santo Tomás de Aquino “el estudio de la filosofía no tiene por fin saber lo que otros han pensado, sino conocer la verdad de las cosas” (*I de Coelo et Mundo*, Lect. 22).

Pero, ¿por qué aparecen las cosas divinas después del período que hemos llamado “secularizador”? Porque el *ius* romano nunca renegó de sus fundamentos religiosos; lo que hizo fue distinguirse del *fas* al asumir el jurista el papel que antes tenían los pontífices.

Conocimiento de cosas humanas, y dentro de ese universo, y en el marco social, político y económico, lo específico del jurista, el conocimiento de lo justo y de lo injusto.

En este tiempo aparecen otros juristas, llamados “*maestros del derecho*”; en primer lugar Gayo, a mediados del siglo II, luego Florentino, a fines de ese siglo, a Calistrano y Marciano del siglo III, autores de *Institutas*, verdaderos manuales para la enseñanza elemental del derecho que concluirán mucho más adelante con la de Justiniano.

Modestino, discípulo de Ulpiano, es un jurista de transición hacia la época posclásica a la que pertenece Hermogeniano.

²⁶ Ob. cit., p. 327.

²⁷ L. I, T. I, l, ed. cit., p. 197.

²⁸ L. I, T. II, 10, ed. cit., p. 199.

²⁹ El término *res* en Roma, desborda por todos lados a lo que nosotros entendemos por cosa. Los romanos no conocen al Estado sino a la *res publica*; la suerte es *res secundae*, y la desgracia *res adversae*; el historiador es *rerum scriptor*; el filósofo indaga la *rerum natura*; Roma es la cabeza del mundo, *caput rerum*; César es el guardián del mundo: *custos rerum*. Como señala Teodoro Haecker, “Roma en su plenitud como Ciudad y Estado, Senado y Pueblo, Paz y Cultura, Piedad y Justicia, César e Imperio, no es precisamente una idea, sino, dicho con las palabras del romano más grande, precisamente con las de Virgilio, *maxima rerum*, la mayor de todas las cosas, más aún, *pulcherrima rerum*, la más hermosa de todas las cosas, cosas que incluso tienen sus lágrimas: *sunt lacrimae rerum*” (*Virgilio, Padre de Occidente*, Gherzi, Buenos Aires, 1979, ps. 121/2).

Los juristas clásicos de la época filosófica, según afirma Elías de Tejada, “montaron a las cimas de la perfección en el estudio del derecho precisamente por el magnífico ponderado esfuerzo con el cual acercaron la filosofía a la ciencia del derecho, en logros no superados jamás por nadie; utilizaron la comparación, el análisis y el sentido común, todos a tenor de su típico realismo”³⁰.

Esta filosofía, como ya hemos señalado, es la griega, la de Platón, de Aristóteles, de los estoicos; es la filosofía de un pueblo conquistado que después será difundida por el conquistador, como señala el pensador suizo Gonzague de Reynold: “la dominación romana comenzó significando para Grecia un general empobrecimiento, tanto en hombres como en bienes... Y, a pesar de todo, la misión de Roma consistirá en salvar, propagar y prolongar el helenismo y establecerlo en Occidente”³¹.

Sin embargo, esta recepción de la filosofía griega tuvo sus enemigos. Entre ellos, el más destacado fue Marco Porcio Catón³², Porcio porque criaba chanchos, quien escribía a su hijo: “Créeme bajo palabra: si este pueblo consigue contaminarnos con su cultura, estamos perdidos. Te prohíbo que te tengas tratos con ellos”.

Catón era de origen campesino, de costumbres rústicas, que leía a los clásicos a escondidas, pero que gracias a ellos aprendió a escribir y a hablar. Convencido por su vecino Valerio Flaco, un viejo senador jubilado, se hizo abogado. Después de ganar una docena de causas seguidas, abrió su estudio en Roma, con una clientela asegurada. Fue edil, pretor, senador, cónsul. Cuando era senador y censor, encargado de vigilar las costumbres y los impuestos, en el año 195 a. C., quisieron las mujeres intervenir en la vida pública y pidieron la abrogación de la ley Oppia, que les prohibía los adornos de oro, los vestidos coloreados y el uso de vehículos.

Como era de esperar, Catón se opuso, y este es parte de su discurso en el Senado: “Si cada uno de nosotros señores, hubiese mantenido la autoridad y los derechos del marido en el interior de la propia casa, no habiéramos llegado a este punto. Ahora hemos aquí: la prepotencia femenina, tras haber anulado nuestra libertad de acción en familia, nos está destruyendo también en el Foro. Recordad lo que nos costaba sujetar a las mujeres y frenar sus licencias cuando las leyes nos permitían. E imaginad que sucederá de ahora en adelante, si esas leyes son revocadas y las mujeres quedan puestas, hasta legalmente, en pie de igualdad con nosotros. Vosotros conocéis a las mujeres: hacedlas vuestras iguales. Al final veremos esto: los hombres de todo el mundo que en todo el mundo gobiernan a las mujeres, están gobernados por los únicos hombres que se dejan gobernar por las mujeres: los romanos”.

Las mujeres, como siempre, ganaron y la ley fue revocada. Pero Catón, que era censor, como mal perdedor, decuplicó, o sea aumentó diez veces, los impuestos sobre los artículos de lujo.

Dos palabras más sobre este personaje: se distinguió cada vez que tuvo que ir a la guerra, pues parece que el campamento le sentaba mejor que el Foro. Como escribe

³⁰ Ob. cit., ps. 328/9.

³¹ *La formación de Europa*, Pegaso, Madrid, 1950, T. IV, p. 82.

³² No hay que confundirlo con su nieto, nacido en el año 95 a.C., contemporáneo de Cicerón, filósofo docto y frío, según Mommsen “singular caricatura de su abuelo” (Ob. cit. p. 654).

Teodoro Mommsen: “como soldado, como oficial y como general había siempre y en todas partes cumplido valerosamente con su deber. Tal como era en el campo de batalla, tal se le hallaba en la plaza pública... Su conocimiento del derecho y de las instituciones romanas, su extraordinaria actividad, su salud de hierro, lo habían hecho notable... considérasele como el abogado más influyente y como el primer orador de su siglo”³³.

O sea, fue un gran orador, e Indro Montanelli señala “que lo poco que nos queda de sus discursos basta para que le reconozcamos como más grande que Cicerón, ciertamente más rotundo, enfático y sincero. Lo que demuestra que no hay elocuencia, como no hay literatura, como no hay música ni pintura, sin una fuerza moral y una convicción sincera que las sostengan”³⁴. A él debemos la definición de retórica que identifica al orador con el hombre de bien, hábil para hacer prevalecer el bien que piensa: *vir bonus dicendi peritus*.

d) Etapa de compilaciones.

Concluida la etapa filosófica, aparece otra, llamada por Alvaro D’Ors: “burocracia, trivialización, decadencia”

Un síntoma de la última es, según señala el mismo romanista, “la conversión de los juristas romanos en funcionarios de la cancillería imperial... es la hora de las tinieblas... es la hora de los burócratas y de los maestros, de los escribas notariales y de los leguleyos curiales... es la hora en que los papeles triunfan sobre la tradición romana de la solemne oralidad”³⁵.

En la época posclásica, en Occidente, se produce una gran confusión relativa a los textos jurisprudenciales y proliferan obras inauténticas.

Distinta es la situación en Oriente, donde se habían conservado las obras de la jurisprudencia clásica, gracias a la existencia de dos importantes escuelas jurídicas: la de Berito, hoy Beirut, creada a fines de la época clásica, y la de Constantinopla, fundada en el año 425.

Gracias a ellas pudo realizarse años más tarde la Compilación de Justiniano, el *Corpus Iuris*, muy superior al Breviario de Alarico de Occidente.

Sin embargo y respecto a la obra, afirma Elías de Tejada que “el derecho en las etapas anteriores a la compilación justiniana está representado por estilos jurídicos dispares de los del Digesto: estilos vivaces, dinámicos, creadores, fecundos, que

³³ Ob. cit., p. 346.

³⁴ Ob. cit., ps. 160 y 164. En el libro aparece una anécdota que destaca como Catón “sazonaba con notas de humor incluso sus más severas requisitorias, cuando, por ejemplo, como censor hizo expulsar del Senado a Manilio por haber besado a su mujer en público, alguien le preguntó si él no lo había hecho nunca, respondió: ‘Sí pero solamente cuando truena. Por eso, el mal tiempo me pone siempre de buen humor’. Lo procesaron 44 veces, pero siempre conservó la jovialidad y el humor” (ps. 164/5). Cuando gobernó Cerdeña visitaba las ciudades de la provincia caminando a pie. Su escolta era un solo servidor que le llevaba la capa y la copa de las libaciones. Cuando dejó la pretura “vendió su caballo, no queriendo que pagase el Estado el gastos de transporte” (p. 342). Todo esto muestra su valor y su decencia.

³⁵ Ob. cit., p. 94.

contrastan con la sequedad, la tensión apagada, el cuidado seleccionador de pasajes que es el derecho romano del siglo VI de nuestra era”³⁶.

Consideramos que es verdad lo que afirma Elías de Tejada, pero que si ello apunta a una crítica a la compilación, nos parece injusta, pues existen momentos diversos en la evolución jurídica de los pueblos, en particular el romano: un momento para inventar, progresar, evolucionar y un momento para conservar y compilar, como afirmaba Savigny con relación al derecho alemán; pues el gran jurista alemán no era un enemigo de la codificación, lamentando en este caso discrepar con el Dr. Orelle³⁷, ni Thibaut, un fanático de la codificación. Esto último se prueba con la repulsa patriótica de ambos a la adopción del Código Napoleón que pretendía barrer con el derecho germánico.

III.- El derecho entre las palabras y las cosas.

Recién tenemos el marco a través de estas cuatro etapas de la jurisprudencia romana que nos sirve como esquema. El progreso decisivo del derecho se produce a partir del siglo II de nuestra era y en él influyen factores externos como el desarrollo económico que promueve el derecho contractual y la recepción de la filosofía griega; “dialécticos y retóricos alimentan una vida intelectual que se organiza en ‘círculos’ e imparten una enseñanza en la cual, además, los jóvenes de fortuna y de espíritu prefieren abreviar directamente, en las escuelas o con los maestros de la Grecia colonizada”³⁸.

La retórica aparece entonces como una empresa que sirve para distinguir las palabras de las cosas, *verba de res*.

La tarea del retórico se distribuye en tres operaciones principales: la búsqueda de las ideas (*inventio*), la articulación del discurso (*dispositio*) y la puesta en forma verbal (*elocutio*); la primera versa sobre las cosas; la última acerca de las palabras; la segunda sobre una mezcla de las dos, cosas y palabras, como enseñan Cicerón y Quintiliano.

Respecto a las partes del discurso que ya hemos estudiado en Aristóteles, el *exordio* y el *epílogo* se hacen valer por las palabras, en tanto que la *exposición* y la *argumentación* son la sede de las cosas.

Pero esta distinción, *verba-res*, no es separación ni antítesis. Las cosas se muestran por su nombre, por la palabra, y desde ella, se trata de asimilar su esencia, de descubrir su misterio.

³⁶ Ob. cit., p. 286.

³⁷ El Dr. José M. R. Orelle, en su excelente libro *Actos e Instrumentos Notariales*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 41, cita al *Tratado de Derecho Administrativo* de Manuel Marienhoff, que mucha idea de la discusión entre Thibaut y Savigny no debe tener, para llegar a esa conclusión errónea. A los que quieran conocer en sus originales la polémica amistosa con una excelente introducción de Jacques Stern les recomiendo la obra *Thibaut Savigny La Codificación*, Aguilar, Madrid, 1970, que contiene en su primera parte el alegato de Anton Friedrich Justus Thibaud, *Sobre la necesidad de un derecho civil para Alemania* y la respuesta de Friedrich Carl von Savigny: *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*.

³⁸ Thomas, Yan-Patrick, *Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence a Roma*, Archives de Philosophie du Droit Sirey, Paris, 1978, T. 23, p. 97.

Las palabras revelan, muestran a las cosas o a las personas. Las palabras comprometen, obligan, entregan a toda la persona, son expresión de la *fides*. Como señala Chesterton el hombre es el único animal capaz de comprometerse. Y Roma nos ofrece un ejemplo paradigmático que asombró a San Agustín: el caso de Marco Atilio Régulo, jefe del ejército, que se encontraba prisionero de los cartagineses y “como éstos querían más que los romanos les devolvieran los propios prisioneros que retener ellos los suyos”, lo enviaron a Roma para que convenciese al Senado, jurando que volvería a Cartago; con ello, comprometió a toda su persona, a su honor. El enviado persuadió al Senado de “lo contrario, porque opinaba que no reportaría ninguna utilidad a la república romana y después... voluntariamente cumplió con lo que había jurado”³⁹. Allí murió en medio de salvajes tormentos⁴⁰, por respeto a su juramento. Comparemos esta grandeza con tantas miserias de nuestros días, con tantos perjurios asertivos en nuestros tribunales o promisorios en gobernantes y magistrados, con la cobardía de nuestros generales... en Roma se entregó, no cualquiera, sino un jefe, para que ella triunfara y Roma triunfó... *delenda est Carthago*.

La retórica en Roma es parte de la cultura, influye en los juristas y así lo hemos visto en el texto de Pomponio relativo a Servio Sulpicio Rufo, pero más en otra figura que también hace progresar al derecho y que es el *advocatus*, el abogado.

Escribe Francisco Elías de Tejada “en la estructura de la justicia romana separábase al jurisperito que estudiaba el contenido de los problemas del abogado o el orador cuya misión era, gracias a la elocuencia convincente adquirida en especiales estudios retóricos, convencer al tribunal exponiendo los argumentos aderezados por el jurisconsulto con la brillante galanura de la que éste profesionalmente carecía”⁴¹. Esto no es absoluto, porque existieron numerosas excepciones empezando por Escévola y Servio Sulpicio Rufo, hasta Catón.

Y aquí tenemos a Cicerón, a quien Humberto Eco lo clasifica como “clásico clase B”, distinguiéndolo de los clase A, como Platón o San Agustín, quien no fue filósofo ni jurista, sino un gran orador, un buen abogado, un cuestionable político y un gran escritor. En una carta dirigida a un matutino hace poco, el Dr. Jaime Cornejo Saravia afirma: “Cicerón fue un político, sí, un incomparable orador también, pero jamás un filósofo ni pretendió serlo... Cuando pedía que ‘no se abusara de la paciencia (senatorial)’ era refiriéndose sólo a Catilina. Él, un eximio orador, pero pragmático y muy voluble... sabía que en ese ámbito era peligroso pluralizar”⁴².

También Marco Flabio Quintiliano, el otro gran retórico que estudiaremos, hoy casi desconocido, durante parte de su vida fue abogado.

VI.- El fin de la existencia temporal de dos juristas.

Aires, 1944, ps. 761/766.

⁴⁰ Lo metieron “en un estrecho madero, donde por fuerza había de estar de pie, traspasado por todas partes de clavos agudísimos, de tal forma que no podía inclinarse hacia parte alguna sin dolores atroces y acabaron con él a fuerza de viglias” (San Agustín, ob. cit., p.91).

⁴¹ Ob. cit., p. 324.

⁴² *La Nación*, Buenos Aires, 29/1/2008.

.Para concluir haremos referencia a la muerte de dos grandes juristas, porque creemos mucho en las palabras selladas por la sangre, por el voto de los muertos, que es un voto definitivo y no voluble, como el que muchas veces sale de las urnas electorales.

En primer lugar, la de Emilio Papiniano, amigo y consejero de Septimio Severo (193/211) fue prefecto pretorio desde el año 203. Murió ejecutado por orden de Caracalla por no querer justificar el fratricidio de Geta, mandado asesinar por su hermano el emperador, para no compartir el poder.

En segundo lugar, la muerte de su discípulo, Domicio Ulpiano, de Tiro, que ocupó el mismo cargo bajo Alejandro Severo (222-235), de quien había sido tutor. Su muerte fue análoga a la de su maestro, pues fue asesinado por una conjura, urdida contra él, por la guardia pretoriana en el año 228.

Lo mejor que puede decirse del príncipe de los juristas, de Papiniano es que fue un hombre libre. No hace mucho se publicó un artículo del sociólogo italiano Francesco Alberoni titulado: *Sfidate la lobby dell'indivia solo così sarete liberi*, el cual concluye con una referencia a hombres de nuestro tiempo aplicable al príncipe aludido: existen personas “que han rechazado las ideologías, que siempre han sido independientes, que no se han dejado dominar por las ansias del poder ni por la envidia. Personas que han conservado la libertad del propio juicio aunque a costa de renunciar a ventajas y privilegios. En el fondo esta es la llave de todo: la libertad se obtiene rechazando seguir al rebaño o hacerse comprar. Todos podemos ser objetivos si estamos dispuestos a pagar este precio”⁴³.

Y para acabar, ahora sí, estimamos que la grandeza de Roma, más allá de sus miserias, consistió en gobernar a los pueblos mediante la justicia para la civilización y la paz, en fundar ciudades, cuidarlas y conservarlas.

Virgilio expresa esta conciencia imperial -no imperialista-, en un pasaje del canto sexto de la *Eneida*: “*No dudo que otros forjarán bronce más delicadamente configurados y harán brotar del mármol efigies llenas de vida; pronunciarán más elocuentes discursos y sabrán describir las órbitas celestes, narrando los movimientos de las estrellas; tú, ¡Oh! Romano dedícate a regir con tu imperio los pueblos y a dictar las leyes de la paz; éstas serán tus artes: tratar con indulgencia a los sumisos y humillar a los soberbios*”.

Esc. Bernardino MONTEJANO, 12/3/2009.

⁴³ *Corriere della Sera*, Milano, 17/11/2008.