

INTERPRETACION DE LA “VOLUNTAS TESTATORIS” EN LA JURISPRUDENCIA REPUBLICANA: LA “CAUSA CURIANA”

La interpretación de la voluntad testamentaria en Derecho Romano, no ha sido tema de especial predilección de la ciencia romanística, y tampoco ha sido estudiada debidamente salvo algunos trazos en los manuales institucionales, ni desde un plano dogmático, ni desde un plano histórico. La obra admirable y constructiva en tantísimos aspectos de la pandectística de finales del siglo pasado, descuidó este sector del derecho hereditario, que, generalmente, ha sido uno de los campos más olvidados en la romanística hasta hace poco tiempo, en que las monografías sobre temas hereditarios se vienen sucediendo con complaciente frecuencia.

Los hitos fundamentales en el *iter* científico sobre este punto, pueden ser señalados en la obra de Gradenwitz¹ en primer lugar, con toda su secuela de interpolacionistas, dirección que negó originalidad creadora a la jurisprudencia clásica en el tema. Otro hito fundamental vino a aportar la famosa tesis de Stroux² que en su momento suscitó enorme consenso, acogida calurosamente por Riccobono y su escuela, dando especial énfasis a la influencia de la retórica en la jurisprudencia romana. De notable interés por lo que significa de aportación efectiva a los problemas hermenéuticos, la obra de Betti³ señala un punto firme del que no puede prescindirse

1. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlín, 1887.

2. STROUX, *Summum ius summa iniuria*, en *Festschrift Speiser* (1926), trad. italiana de Funaioli en *Annali Palermo*, XII (1929), 639-691; *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römische Rechtswissenschaft gegen Ende die republikanischer Zeit*, en *ACIDR*, Roma, I (Pavia, 1934), 111-132, recogidos ahora en el volumen *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Postdam, 1949.

3. Aparte de otros mucho trabajos, vid. fundamentalmente, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949. Betti ha dedicado

a la hora de hacer estudios de tipo hermenéutico. Ultimamente, la obra de Gandolfi⁴ vuelve a ocuparse del tema dentro de unos estudios más amplios, que pueden destacarse como un intento de cerrada dirección anticrítica, especialmente contra la tesis de Gradenwitz, y la más reciente de Pringsheim⁵, aceptando por clásicos pensamientos que normalmente se consideraban justinianos en orden a la interpretación de la *voluntas testatoris*.

Al igual que en otros órdenes hermenéuticos, como la interpretación de la ley⁶, los juristas romanos en materia de interpretación testamentaria no realizaron una teoría general, ni los compiladores tampoco se esforzaron mayormente por ofrecer criterios hermenéuticos seguros, que tuvieran en cuenta a la vez la evolución histórica de cada institución junto con sus perfiles estructurales. El método casuístico de los romanos les hizo avanzar desde soluciones singulares, y únicamente la exigencia de una llamada "teoría general" se sintió por primera vez entre los compiladores como podemos observar en los títulos D. 1.3: *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine*, y principalmente D. 50.16 *de verborum significatione*, y D. 50.17 *de diversis regulis iuris antiqui*, que, por otra parte, plantean el problema al recoger fragmentos de juristas clásicos, de las alteraciones que el pensamiento de estos juristas pudieran haber sufrido históricamente, aparte de que al estar los fragmentos fuera de su *sedes materiae*, se hace más dudoso su carácter de generalidad. Esta misma incógnita se plantea sobre las definiciones de los juristas republicanos, escasas y fragmentarias,

muchísimos estudios a los problemas hermenéuticos, cuya síntesis conclusiva en orden a los problemas de interpretación en las ciencias del espíritu, ha recogido recientemente en el volumen *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen, 1967.

4. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966. Cfr. la reseñación de WIEACKER en ZSS, 83 (1966), 436-460.

5. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, en ZSS, 78 (1961), 1 ss.

6. Cfr. últimamente VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi dans la Jurisprudence classique et la rhétorique*, París, 1968, que sobre la influencia retórica adopta una postura intermedia entre las tesis de Stroux y Himmelschein, admitiendo una cierta influencia al menos de la terminología retórica, pero considerando que retóricos y juristas se inspiraban en ideales muy diferentes (p. 202).

que difícilmente permiten captar con caracteres de generalidad un núcleo de conceptos jurídicos aptos para a partir de ellos desarrollar todo un sistema⁷, problema en íntima conexión con el discutidísimo método "tópico" de la jurisprudencia romana⁸ sobre el que se ha insistido, quizá excesivamente, sin demostrar, sin embargo, su clara aplicabilidad metodológica al Derecho romano⁹. Por eso, la búsqueda de principios generales en Derecho romano es muy azarosa, y en este sentido es más bien decepcionante la obra de Schulz¹⁰, que demuestra la poca afición de los romanos hacia la construcción de categorías mentales abstractas, capaces de comprender situaciones variadas dentro de esquemas armónicos, y que evidencian la escasa influencia de los "topoi" en el pensar jurídico romano. Incluso una tarea como la que se impuso Lanfranchi¹¹ al estudiar lo que hubiera de jurídico en los retóricos romanos, nos convence de la poca importancia de la metodología retórica de procedencia griega entre los juristas, y ya se observa que los textos que aduce son de autores literarios antes que de juristas.

Un punto de encuentro importante del enfoque jurídico y el retórico en la interpretación testamentaria, situado en el último siglo de la jurisprudencia republicana, puede observarse en la *causa*

7. Vid. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966; CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli, 1966, que aportan numerosos textos en los que pueden verse atisbos definatorios. Interesantes también estos trabajos por el estudio que hacen de la posible influencia de la retórica sobre el tema.

8. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953 (trad. italiana de Crifó, Milano, 1962), máximo defensor del método tópico como modo de operar de los juristas romanos. Según Viehweg, el *ius civile* se caracterizaría por la búsqueda de "topoi", conceptos generales de los que se derivaban argumentos válidos para cualquier situación.

9. ALVAREZ U., *La Jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid, 1966, p. 107 ss., da la razón a Viehweg en torno al pensar problemático de los romanos, pero rechaza que los "topoi" en los juristas romanos tuvieran el sentido que tenían en la *Topica* de Aristóteles y Cicerón. Contra Viehweg, vid. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, en *Nachrichten der Ak. der Wiss. Göttingen*, 1962 (trad. española de Miquel, Valladolid, 1964, p. 31 ss.).

10. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934. Trad. italiana de Arangio-Ruiz, Firenze, 1949.

11. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, Milano, 1938.

Curiana, celeberrimo proceso del que tenemos abundantes noticias a través de Cicerón.

No voy a destacar ahora el valor de la jurisprudencia republicana dentro de la evolución del Derecho romano. No cabe duda que este periodo, como dice U. Alvarez, hay que calificarlo de "evolución creadora", y en realidad el apelativo de clásico conviene más a la jurisprudencia republicana que a la del Principado¹², admitiéndose hoy generalmente el valor destacado de la jurisprudencia republicana¹³. La progresiva secularización del proceso¹⁴ al ir independizando el Derecho del colegio pontifical, y la creación de la pretura urbana el 367 a. C., fue formando una clase de juristas eminentes durante la época republicana, especialmente brillantes en el siglo I a. C., de los que desgraciadamente no conservamos sus obras¹⁵. El carácter aristocrático de estos juristas republicanos, su inmenso prestigio social, su *auctoritas*, su sólida formación jurídica, les permitieron crear los conceptos fundamentales del Derecho romano, tales como *dominium*, *legatum*, *hereditas*, *scrivitus*¹⁶, conceptos que nos han sido transmitidos hasta nuestros días. La creación de la pretura urbana permitió al pretor ir adaptando las normas rígidas del *ius civile* a las nuevas necesidades de la práctica, superando el formalismo primitivo, labor ardua en la que se empeñó conjuntamente la *interpretatio* de los *veteres*, y hoy se reconoce que los últimos siglos de la era republicana representan

12. ALVAREZ, *op. cit.*, p. 118, opinión a la que me adhiero; cfr. mi recensión en *AHDE*, 35 (1965), 576.

13. Vid. WIEACKER, *Über das klassische in der römischen Jurisprudenz*, en el volumen *Vom römischen Recht*², Stuttgart, 1961, p. 161 ss.

14. FUENTESECA, *Las legis actiones como etapas históricas del proceso romano*, en *AHDE*, 34 (1964), 221 ss.; LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, Bologna, 1965, donde documenta repetidamente el proceso de secularización de instituciones procesales, basándose especialmente en la estructura evolutiva de los llamados remedios pretorios.

15. Vid. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte*², Köln-Graz, 1967, página 101 ss., y las noticias biográficas que sobre estos juristas ofrece el mismo KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln, 1967, cap. I. Cfr. también SCHÜLZ, *History of Roman legal Science*, Oxford, 1953.

16. FUENTESECA, *Lecciones de Historia del Derecho Romano*, Salamanca, 1963, p. 109.

una era de grandes transformaciones, en los que la secularización de la vida jurídica y la eliminación de la violencia como medio de actuación del Derecho, señalan nuevos criterios para entender las estructuras procesales y privatísticas¹⁷.

Después de esta breve síntesis histórica, entraré en la interpretación de la *voluntas testatoris* en la jurisprudencia republicana, y la primera cuestión que se plantea consiste en la clasificación del binomio *verba-voluntas*, que ha recibido un planteamiento polémico a partir de los estudios interpolacionistas de Eisele¹⁸ continuados con gran vigor por Gradenwitz¹⁹ a propósito fundamentalmente de las frases que recogían la reserva del respeto a la voluntad testamentaria encabezadas con un *nisi*, locución que entendieron como clara muestra justiniana de sumisión a la *voluntas*, frente al acatamiento a los *verba testatoris* que sería consustancial con los juristas clásicos. Gradenwitz dedicó el capítulo VIII de su *Interpolationen in den Pandekten* a dirimir el binomio *verba-voluntas* a través de una gran revisión de textos, pronunciándose por la idea de los *verba*=derecho clásico, *voluntas*=derecho justiniano, tesis que ha venido a negar crítica y pacientemente, casi texto por texto, Gandolfi²⁰.

17. ORESTANO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano*², Torino, 1961, p. 681. Cfr. las agudas páginas que al argumento dedica ORMANNI, *Penus legata*, en *Studi Betti* IV, Milano, 1962, p. 584 ss.

18. EISELE, *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Pandekten und im Codex*, en *ZSS*, 7 (1886), 15 ss.; ideas que desarrolla en *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, en *ZSS*, 10 (1889), 296 ss.; 11 (1890), 25 ss.; 13 (1892), 151 ss.

19. Aparte de su obra ya citada, vid., su artículo *Interpolationen in den Pandekten*, en *ZSS*, 7 (1886), 45 ss., cuyos resultados fueron seguidos en parte por FERRINI, *Manuale di Pandette*², Milano, 1908, 145 ss. (cfr. la 4.^a ed. supervisada por Grosso, Milano, 1953, p. 117 ss.). Recoge también la tesis de Gradenwitz, ALBERTARIO, *La cosiddetta crisi del metodo interpolacionistico*, en *Studi*, V (Milano, 1937), p. 114 ss., que en polémica con Riccobono reconoce que la *voluntas* en el derecho clásico estaba sometida a la forma, y que sólo con los justinianos "sale de la profundidad en la que estaba sumergida". Cfr. también ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano*, Milano, 1935, p. 118 ss.

20. GANDOLFI, *Studi*, cit., cap. I.

Desde otro punto de vista, Riccobono²¹, sugestionado por las ideas de Stroux²², ha defendido la influencia griega sobre la *interpretatio*, retrotrayendo a una época anterior a la admitida tradicionalmente (la primacía de la *voluntas* se entendía como elemento postclásico-bizantino) la introducción del respeto a la *voluntas*, dentro del gran proceso de fusión del *ius civile* y *ius honorarium*. La primitiva antítesis *aequitas-ius strictum* que normalmente venía considerada como tardía, en la obra de Riccobono viene entendida como realizada en un momento anterior debido a la influencia de la teoría retórica, en un período correspondiente entre finales de la República y los Severos.

De todas maneras, el binomio *verba*=derecho clásico; *voluntas*=derecho justiniano, ha sido un punto firme en la doctrina romanística hasta que investigaciones posteriores han venido a rectificar este planteamiento. Así, por mérito de Koschaker²³, esta antinomia fue sustituida por la de la voluntad típica=derecho clásico; voluntad individual=derecho justiniano, terminología superada por las investigaciones de Betti al que debemos la mejor formulación dogmática del tema, que ha planteado finalmente la cuestión en el sentido de interpretación típica=derecho clásico; interpretación individual=derecho justiniano²⁴.

Aunque los resultados a los que llega Betti se refieren fundamentalmente a la época clásica, no por ello dejan de ser aplicables

21. RICCOBONO, primero de una manera general, y más particularmente en polémica con los interpolacionistas que veían en la *voluntas* una manifestación típicamente justiniana, vid. *Punti di vista critici e ricostruttivi*, en *Annali Palermo*, XII (1929), p. 500 ss.; *Origine e sviluppo del dogma della volontà nel diritto*, en *ACIRD*, Roma, I (Pavia, 1934), p. 180.

22. Vid. la entusiástica "Prefazione" de Riccobono a Stroux, en *Ann. Palermo*, XII (1929), p. 639 ss.

23. KOSCHAKER, *L'alienazione della cosa legata*, en *Conferenze romanistiche a ricordo Castelli*, Milano, 1940, p. 105; cfr. MASCHI, *Volontà típica e volontà individuale nei negozi mortis causa*, en *Scritti Beatif. Ferrini*, I (Milano, 1947), p. 317 ss., que diez años antes aún mantenía la terminología tradicional: cfr. *Studi sull'interpretazione dei legati, Verba e voluntas*, Milano, 1938.

24. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1947, p. 140; *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale-Atto illecito-Negozio giuridico*, Roma, corso 1958-59, p. 339 ss.

a la última jurisprudencia republicana, que solamente ha tenido la escasa fortuna para nosotros de desconocerse casi totalmente sus obras. Los conceptos de Betti, de claro perfil dogmático, ofrecen notable interés desde un plano histórico, y en cuanto categorías dogmáticas capaces de aclarar problemas históricos, creo que será interesante resumir brevemente lo que Betti entiende por interpretación típica e interpretación individual, para luego ver en qué medida podamos estimar desde este prisma los problemas hermenéuticos que plantea la *causa Curiana*. Según Betti²⁵, "la interpretación individual parte del criterio de considerar declaraciones o comportamientos en su concreción específica, atribuyéndoles un significado adherente en cuanto sea posible, al particular modo de ver expresado en aquéllas y a las situaciones o relaciones existentes entre las partes en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias individuales del caso. La interpretación típica parte, por el contrario, de clasificar por tipos o clases las declaraciones y los comportamientos, en relación al género de circunstancias en las que se desarrollan y a las que responden, y a cada uno de estos tipos atribuye un significado constante, sin tener cuenta de lo que en el caso concreto pueda haber sido la efectiva opinión de las partes. En la interpretación típica el modo de comportarse de las partes se considera, según el *id quod plerumque accidit*, siguiendo máximas de experiencia derivadas del uso social, valorando a la luz de los criterios comunes la relevancia de las circunstancias concomitantes".

Como una síntesis de ambos criterios, interpretación típica e interpretación individual, puede considerarse la tesis de Pringsheim²⁶, que, aunque examina fundamentalmente relaciones *inter vivos*, es aplicable a la interpretación de la *voluntas testatoris*. Como punto de partida admite que los juristas romanos sin el auxilio de la retórica no hubieran llegado a construir unos esquemas interpretativos como sería éste del *id quod actum est*, que sería un "Auslegungsmittel" característico del derecho clásico,

25. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 298 ss.

26. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, en *ZSS*, 78 (1961), p. 1 ss., que en parte recoge ideas expuestas en trabajos anteriores. Vid. *Animus in Roman Law*, en *Law Quarterly Review* (1933), p. 43 ss.; p. 379 ss., ahora recogido en *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, p. 300 ss.

frente al *animus* que sería propio de los justinianos, entendiendo *id quod actum est* como interpretación realista de los intereses de las partes, teniendo en cuenta además la investigación de la voluntad expresada en el negocio de que se tratara ²⁷.

Stroux examina la doctrina de los *status* legales en los que observa una "completa teoría retórica de la interpretación", pero no observa que estos *status*, lo que presentan, es un cierto planteamiento problemático que sigue la técnica retórica ²⁸. Según Stroux, la teoría retórica desde Aristóteles a Cicerón se habría afirmado a favor de la voluntad ²⁹, y pretende ver confirmada su tesis en las afirmaciones de Cicerón a propósito de la *causa Curiana*. La reacción de Riccobono a esta tesis fue tan entusiasta como carente de espíritu crítico ³⁰ Riccobono ³¹ atribuyó a la influencia de los retóricos toda la renovación del *ius civile vetus* a partir de la *acquitas*, lo que determinó a su vez la negación riccoboniana de la periodización del Derecho romano tal como se venía (y se viene) entendiendo, estimando que entre el derecho elaborado por la jurisprudencia clásica y el justiniano, no hay diferencias sustanciales.

Creo oportuno en estos momentos dedicar alguna atención, aunque sea rápidamente, al estudio de la retórica, en cuanto una parte considerable de la doctrina romanística es propensa a acentuar las relaciones entre la retórica y la jurisprudencia, admitiendo cierta influencia —mayor o menor, según cada autor— de aquélla sobre la labor jurisprudencial.

Dentro de la corriente que favorece la influencia de la retórica sobre la jurisprudencia romana, se mueven a partir de Stroux (y naturalmente Riccobono) una larga serie de romanistas. Así

27. Vid. la crítica, en mi opinión acertada a Pringsheim, de GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 118 ss.

28. GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 256.

29. STROUX, *Ann. Palermo*, XII (1929), p. 661.

30. GANDOLFI, *Studi*, p. 256.

31. RICCOBONO. "Prefazione" a Stroux, en *Ann. Palermo*, XII, p. 646.

Coing³², Pringsheim³³, Santa Cruz³⁴, Viehweg³⁵ y últimamente Wesel³⁶. También ha habido cierta oposición a admitir indiscriminadamente la influencia retórica sobre la jurisprudencia romana³⁷ y en este sentido se orientan los estudios de Steinwenter³⁸, que considerando el problema desde el punto de vista del procedimiento formulario, rechaza la influencia de la retórica, y Meyer³⁹, quien estima que habría que llegar al medioevo para observar la influencia de la retórica sobre la metodología jurídica.

32. COING, *Zum Einfluss der Philosophie der Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, en ZSS. 69 (1952), p. 30 ss.; más particularmente en *Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung*, en *Studi Arangio-Ruiz*, I (Nápoli 1953), p. 365 ss.

33. PRINGSHEIM, *Griechischer Einfluss auf das römische Recht*, en *BIDR*, 63 (1960), p. 1 ss.

34. SANTA CRUZ, *Der Einfluss der rhetorischen Theorie der Status auf die römischen Jurisprudenz*, en ZSS. 75 (1958), p. 91 ss., y en castellano: *Influencias de algunas disciplinas no jurídicas en el Derecho Romano*, en *AHDE*, 27-28 (1957-58), p. 343 ss., con acertados trazos sobre el proceso de romanización de la retórica griega. También sobre la penetración de la retórica griega en Roma, vid. CLARKE, *Rhetoric at Rome*, London, 1953, p. 10 ss.; MARROU, *Histoire de l'éducation dans l'Antiquité*, París, 1965, p. 356 ss.

35. VIEHWEG, *op. cit.*

36. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzsauslegung der römischen Juristen*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967. Cfr. también HIMMELSCHNEID, *Studien zu der antiken Hermeneutica iuris*, en *Symbolae Lenzl*, Leipzig, 1932, p. 391 ss.; BROGGINI, *Aus Ciceros Anwaltstätigkeit*, en *Coniectanea*, Milano, 1966, p. 312, n. 6, y el interesante trabajo de ORESTANO, *Obligationes et dialectica*, en *IUS*, X (1959), p. 19 ss., que considera la influencia de la lógica, de la dialéctica y de la retórica, haya sido más amplia y determinante de lo que aparece en las construcciones sistemáticas de los romanos.

37. Contra la influencia de la retórica en Derecho Romano, vid. SCHULZ, *Prinzipien*, cit., p. 88 ss.; SCHILLER, *Roman Interpretation and Anglo-American Interpretation and Construction*, en *Virginia Law Review*, 27 (1941), p. 762. Asimismo limita la influencia de la retórica, WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 237.

38. STEINWENTER, *Rhetorik und römische Zivilprozess*, en ZSS. 65 (1947), p. 73 ss.

39. MEYER, *Die Quaestionen der Rhetorik und die Anfänge juristischer Methodenlehre*, en ZSS. 68 (1951), p. 30 ss.

La retórica como parte fundamental de la educación antigua tiene un exponente notable en Aristóteles, que en los libros *περὶ ῥητορικῆς* muestra modos de argumentar diversos sobre una misma cuestión dirigidos a lograr la persuasión de los demás, o sea, la retórica vendría a tener una función eminente persuasiva a través de una argumentación de tipo dialéctico, sistema que entró en Italia a través de las colonias griegas de Sicilia como parte de la educación de los nobles romanos⁴⁰, no sin cierta oposición por parte de los órganos rectores de la sociedad romana⁴¹. Hay que llegar a Cicerón para encontrar a finales de la República una exposición brillante de las líneas maestras de la retórica como arte de *disputare de omni re in contrarias partes*, arte que, por estar dirigido a la persuasión, tuvo un campo importante en las actuaciones forenses⁴². No quiere ello decir que la retórica se dirigiera a lograr la verdad objetiva, sino únicamente a lograr la convicción de los demás sobre un determinado argumento, resultado al que se llegaba a través de una actuación meramente metodológica e instrumental⁴³, de forma que Quintiliano (*Inst. orat.* 2.15.23) llegó a hablar de la retórica como *vis inveniendi omnia in oratione persuabilia*. Esta frase capta de una manera magistral la función de la retórica: método apto para persuadir utilizando los argumentos más favorables para conseguir este resultado. Es por tanto la retórica una técnica instrumental que opera sobre valores relativos, y en cuanto persigue valores relativos y no la verdad filosófica, no es filosofía, y de la misma manera que puede plantearse la relación entre retórica y filosofía⁴⁴, puede plantearse la relación entre retórica y jurisprudencia⁴⁵, relaciones que en algún momento llegan

40. Vid. WIEACKER, *Vom römischen Recht*², cit., p. 180; HIMMELSCHEIN, en *Symbolae Lucei*, cit., p. 373 ss.

41. SANTA CRUZ, en *AHDE*, 27-28 (1957-58), p. 350.

42. PUGLIESE, *Cicerone tra diritto e retorica*, en *Studi Jemolo*, IV (Milano 1962), p. 573 ss.

43. GANDOLFI, *Studi*, cit., p. 266.

44. Cfr. MICHEL, *Rhétorique et Philosophie chez Cicéron. Essai sur les fondaments philosophiques de l'art de persuader*, Paris, 1960.

45. PUGLIESE, *loc. cit.*; vid. también desde otro punto de vista las relaciones entre retórica y jurisprudencia en RIPOSATI, *Problemi di retorica antica*, en *Introduzione alla filosofia classica*, Milano, 1961, p. 671 ss. Cfr. tam-

a entrecruzarse como sucedió en algunas causas sostenidas en los tribunales romanos.

Pero si el jurista ante todo emite una valoración sobre lo justo y lo injusto, el retórico prescinde de esto: sólo le preocupa hacer aparecer una cuestión como justa y persuadir de ello. Así, ante las cuestiones de hecho, es decir, ante el campo de lo opinable en el que podía llegarse a conclusiones contradictorias sobre un mismo objeto de conocimiento, pero todas alcanzables mediante los procedimientos dialécticos de la retórica, el jurista se reservaba y enviaba el examen de la cuestión al retórico, como demuestra el jurista Aquilio Galo, que sobre cuestiones no de derecho, sino de hecho, envía al retórico, en este caso, a Cicerón:

Cic. Top. 12.51: *Admonet autem hic locus, ut quaeratur quid ante rem, quid cum re, quid post rem evenerit. "Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem", inquebat Gallus noster, si quis ad eum tale retulerat, ut de facto quaereretur*⁴⁶.

En este texto vemos claramente delimitados la cuestión de derecho y la cuestión de hecho, o sea, ámbito de actuación del jurista y ámbito del retórico. Naturalmente, cuando el caso era claro y encontraba una solución evidente, no interesaba al retórico, que sólo se ocupaba de cuestiones dudosas⁴⁷. En este sentido la información ciceroniana es notable:

bién Lutow, *Cicero und die Methode der römischen Jurisprudenz*, en *Festschrift Wenger*, I, München, 1944, p. 224 ss.

46. Cfr. un examen del texto en BROGGINI, *Aus Ciceros Amtaltstätigkeit*, cit., p. 305-6.

47. Está aún por ver la génesis del *liber singularis de ambiguitatibus* de Juliano del que se conservan tres fragmentos en el Digesto (28.6.31; 32.62, y 34.5.13) y ver en qué medida pudiera tener precedentes retóricos. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz, 1965, p. 87, parece apuntar esta posibilidad cuando reconoce que en ellos "der Lehrstoff der antiken Elementarbildung nachklingt", afirmando además la atribución auténtica de esta obra juliana, autenticidad que también defiende VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², Milano, 1963, p. 688, n. 69. MAYER-MALY, *Zu Julians liber singularis de ambiguitatibus*, en *Estudios Sánchez del Río*, Zaragoza, 1967, p. 149, reconoce que al menos en D. 34.5.13.3 se observan huellas claras de figuras retóricas, y el mismo HIMMELSCHNEID, en *Symbolae Lencel*, cit., p. 409, avvicina la *Αμφιβολία* retórica con el *liber de ambig*, juliano,

de orat. 1.57.242: *In eo autem iure, quod ambigitur inter peritissimos, non est difficile oratori, eius partis, quamcumque defendet, auctorem aliquem invenire...*⁴⁸.

Como instrumento metodológico la retórica agrupaba los argumentos en distintos *status causae*⁴⁹ agrupados en dos grandes sectores: *status rationales: coniectura, definitio, qualitas, translatio*, sobre los que no voy a detenerme⁵⁰, y *status legales: scriptum-voluntas* (Cic. *Top.* 25.96), *leges contrariae* (*Top.* 25.96; *de inv.* 2.49.144), *ambiguistas* (*de inv.* 2.40.116), *syllogismus* (*de inv.* 2.50.148).

Estos *status legales* que Cicerón toma de Hermágoras son los que nos interesan fundamentalmente, y, en especial, el *status verba-voluntas*, del que habré de ocuparme seguidamente. En realidad, más que *verba-voluntas*, la terminología retórica es *scriptum-sententia*, y desde Quintiliano, *scriptum-voluntas*⁵¹.

El binomio *verba-voluntas* ha sido un punto de contacto entre las concepciones jurídicas y retóricas⁵² al encontrarse ambas direcciones sobre un terreno común, donde la preparación jurídica y las aptitudes retóricas se ponían al servicio de los justiciables, y quizá uno de los puntos en los que puede observarse con mayor

que considera por otra parte de factura postclásica, opinión que sigue SCHULZ, *History*, p. 230 (= *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 291), que entiende sería un epitome postclásico sobre los *Digesta* julíneos. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960 p. 176, n. 248, habla de la posibilidad de una recopilación postclásica de *quaestiones* clásicas de origen indeterminado.

48. Vid. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, en *Atti Accademia*, II (Milano, 1951, p. 127 ss.

49. Vid. STROUX, en *Ann. Palermo*, XII (1929), p. 658 ss.; RIPOSATI, *Studi sui Topica di Cicerone*, Milano, 1947, p. 234 ss.; SANTA CRUZ, en *AHDE*, 27-28 (1957-58), p. 353 ss.; WESEL, *op. cit.*, p. 24 ss.

50. Cfr. KRÖLL, voz *Rhetorik*, en *RE*, suppl. 7, 1940, col. 1091-92; PLEBE, *Brevi Storia della retorica antica*, Milano, 1961, p. 60 ss.

51. Cfr. Hermágoras citado por Quintiliano, *Inst. orat.* 3.6.61: ῥητόν καὶ ὑπεξαίρετον; Quint. 3.6.46: ῥητόν καὶ διάνοιαν; *Rhet. Her.* 1.19: *scriptum et sententia*; Cic. *de inv.* 2.42.121: *scriptum et sententia*. Cfr. WESEL, *op. cit.*, p. 30.

52. Quint. *Inst. orat.* 7.6.1: *scripti et voluntatis frequentissima inter consultos quaestio est, et pars magna controversi iuris hinc pendet...*

nitidez la confluencia de la retórica y la jurisprudencia. A primera vista, ya se observa que la terminología jurídica parece provenir de los escritos retóricos. Esta antinomia *verba-voluntas* desde otro punto de vista puede considerarse como tensión entre una interpretación literal (según los *verba* utilizados, o interpretación voluntarista, según la intención expresada en aquellos *verba* o desumible de otras particularidades del disponente. También se ha pretendido por algunos autores⁵³ que la antinomia se presente como una interpretación restrictiva o extensiva. Este último criterio de distinción se mueve en unos cauces más estrechos: se aplica fundamentalmente a la interpretación de la ley, y tiene unos perfiles dogmáticos estrictos, a mi modo de ver, superados por los criterios amplísimos y de diversísima índole que pueden influir en la interpretación de la *voluntas testatoris*.

En el fondo, en la antítesis *verba-voluntas* estriba toda la problemática de la interpretación de la *voluntas testatoris*, planteando dramáticamente la elección entre el sentido riguroso literal de las declaraciones del disponente, y la averiguación de la voluntad efectiva del mismo: escudriñar lo que el testador quiso decir con unos determinados *verba*, ver el contenido que daba a esos *verba*, que incluso podía ser distinto del que usualmente se les diera en el lenguaje vulgar. De ahí que nazca la cuestión litigiosa de una manera radical cuando entre los *verba* y la *voluntas* aparece una discordancia⁵⁴:

Rhet. Her. 1.19: *Ex scriptum et sententia controversia nascitur, cum videtur scriptoris voluntas cum scripto dissentire.*

Cic. de inv. 2.42.121: *ex scripto et sententia controversia consistit, cum alter verbis ipsis, quae scripta sunt, utitur, alter ad id, quod scriptorem sensisse dicet, omnem adiungit dictionem.*

Normalmente, quien defiende la interpretación según la *voluntas* parte de la *aequitas*, que es lo que vino a hacer Stroux en su conocidísimo trabajo sobre el aforismo ciceroniano *Summum ius*

53. Así PERRIN, *La substitution pupillaire à l'époque de Cicéron*, en *RHD.*, 4.^a S. 27 (1949), p. 335 ss.; WESEL, *op. cit.*, p. 37.

54. Cfr. SANTA CRUZ, en *AHDE*, 27-28 (1957-58), p. 363.

*summa iniuria*⁵⁵. Los que defienden el tenor literal de la disposición, se basan en la expresión objetiva en los *verba* de la voluntad del testador (o del legislador en su caso). De ahí que este problema se plantee también como interpretación progresista para los partidarios de la *voluntas*, en cuanto dirección superadora del formalismo, e interpretación tradicional para los partidarios de atenerse al tenor literal de los *verba*, situaciones ambas que se pueden apreciar en la *causa Curiana*.

Este proceso en el que se entrecruzan las ideas retóricas con las concepciones jurídicas, se observa de una manera radical en la obra ciceroniana, y especialmente en la *causa Curiana*, a la que alude una y otra vez a lo largo de sus escritos, famoso proceso en el que intervinieron el más celebrado jurista de la República y el orador más notable por el que Cicerón siente una admiración desmedida: Licinio Craso. El jurista fue Quinto Mucio Scaevola, el Quinto Mucio tantas veces citado en el Digesto a través de los *comentarii* a su *ius civile*, de nobilísima familia republicana con gran tradición jurídica familiar.

La fecha del proceso se sitúa en el año 92, o quizá finales del 93 a. C.⁵⁶. Cicerón que en alguna de sus obras, como *de inventione*, obra de juventud escrita hacia el 86, *de oratore*, escrita en el 55, *Brutus*, del 46, parece cargar la mano sobre los argumentos retóricos expuestos por Craso, frente a las disquisiciones jurídicas de Scaevola, pone frente a frente dos hombres eminentísimos. Así de Scaevola dice:

de orat. 1.39.180: Q. Scaevola, homo omnium et disciplina iuris civilis eruditissimus et ingenio prudentiaque acutissimus et oratione maxime limatus atque subtilis, atque ... iuris peritorum eloquentissimus.

Brut. 39.145: iurisperitorum eloquentissimus Scaevola.

55. El *patrocinium acquitatis* y la defensa de la *voluntas* son una misma cosa, dice WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*. Köln-Graz, 1964, p. 190. Cfr. PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, en *ZSS.* 52 (1932), p. 82.

56. MARTIN, *Le Tribunal des Centumvirs*, Paris, 1904, p. 3, n. 4, defiende aisladamente la fecha de la *causa Curiana* en el año 91 a. C., pero hoy con la concurrencia de otros datos aportados por Cicerón, se ha llegado a la certeza de los años 93-92. Cfr. por todos FERRIN, *RHD*, 1949, p. 363.

Pero más entusiastas son los epítetos que dedica a Craso. *Pro Caec.* 18.53: *L. Crassus, homo longe eloquentissimus*. De su gran habilidad retórica se hace lenguas en *Brut.* 39.144: *in interpretando, in definiendo, in explicanda aequitate, nihil erat Crasso copiosus; idque cum saepe alias tum apud Cuiros in M. Curi causa cognitum est*. Asimismo lo hace aparecer como muy versado en cuestiones jurídicas: *Brut.* 39.145: *iuris peritissimus Crassus*, en las que ya se había distinguido desde joven, particularmente a partir de su acusación contra Carbón:

Brut. 43.159: *Accusavit C. Carbonem eloquentissimus hominem admodum adulescens; summam ingenii non laudem modo sed etiam admirationem est consecutus*.

También se había distinguido Craso notablemente en la defensa de la vestal Licinia:

Brut. 43.160: *Defendit postea Liciniam virginem, cum annos XXVII natus esset. In ea ipsa causa fuit eloquentissimus orationisque eius scriptas quasdam partis reliquit*.

La causa Curiana en el fondo se reducía a lo siguiente: un testador creyendo que su esposa estuviera para dar a luz, instituye heredero al *nasciturus*, y para el caso que éste muriera antes de llegar a la pubertad, instituye como sustituto (*secundus heres*) a M. Curio. Muerto el disponente, el hijo no nació, y entra en posesión de la herencia el sustituto Curio, herencia que le viene disputada por los agnados del testador (de nombre Coponio, cfr. *de orat.* 2.32.141), y, por tanto, herederos legítimos del testador. Los agnados eran defendidos por Q. M. Scaevola que hizo hincapié en la interpretación literal del testamento, negando que Curio pudiera convertirse en heredero si el impúber no había llegado a nacer. Curio fue defendido por Craso, que sostuvo era necesario averiguar la intención del disponente, tesis que aprueba Cicerón, y que vino acogida en el tribunal de los *centumviri* (*pro Caec.* 18.53). Pero la causa no era del todo clara, y se prestaba a diversas interpretaciones, todas discutibles y discutidas entre los juristas de la época, como informa Cicerón, *de orat.* 1.56.238: *fuit inter peritissimos homines summa de iure dissensio*.

La cuertión jurídica viene planteada en:

de orat. 2.32.141: *Nihil ad copiam argumentorum neque ad causae vim ac naturam nomen Coponi aut Curi pertinuit; in genere erat universo rei negotique, non in tempore ac nominibus, omnis quaestio; cum scriptum ita sit "si mihi filius genitur, isque prius moritur, et cetera, tum mihi ille sit heres", si natus filius non sit, videaturne is, qui filio mortuo institutus heres sit, heres esse: perpetui iuris et universi generis quaestio non hominum, nomina, sed rationem dicendi et argumentorum fontis desiderat.*

Cicerón pone en boca de Antonio que se dirige a Catulo, esta exposición de la *causa Curiana*, a propósito del modo de actuar de los retóricos, criticando en este caso Antonio que los retóricos subsumen las causas dentro de ideas generales, olvidando la particularidad de cada cliente y de cada asunto. Así los retóricos duchos en los géneros (*status*) dialécticos, con habilidad pueden conducir las causas dentro de unas líneas generales de actuación, a la verdad muy pocas (*modicae et paucac; de orat.* 2.32.140), con las que un hábil orador, con buena memoria y ducho en su manejo, saldría de cualquier dificultad. También en otro lugar expone Cicerón la naturaleza de la *causa Curiana*:

de inv. 2.42.122: *Paterfamilias quum liberorum nihil haberet, uxorem autem haberet, in testamento ita scripsit: "si mihi filius genitur unus, pluresve, is mihi heres esto". Deinde quae assolent. Postea, "si filius ante moritur, quam in tutelam suam venerit, tu mihi, dicebat, secundus heres esto". Filius non est natus. Ambigunt agnati cum eo, qui est heres, si filius ante, quam in suam tutelam venerit, mortuus sit.*

Jurídicamente el proceso se configura como una *petitio hereditatis*, intentado por los agnados ante el tribunal de los centumviro⁵⁷ (o ante una sección del mismo⁵⁸), competente por razón de

57. Cfr. *Brut.* 39.144; 53.197; *pro Cacc.* 18.53; *de orat.* 1.39.180; 1.56.238.

58. WIEACKER, *The causa Curiana and contemporary Roman Jurisprudence*, en *The Irish Jurist*, N. S. II (1967), p. 155 n. 15. Cfr. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 38, n. 17. Vid, una exposición de la evolución del tribunal centumviral en LA ROSA, *Decemviri e centum-*

la materia (hereditaria), y que requería actuaciones forenses especialmente brillantes, como confirma Quintiliano, *inst. orat.* 4.1.57: *quibusdam in iudiciis maximesque capitalibus aut apud centumviros ipsi iudices exigunt sollicitas et accuratas actiones*. Las causas centumvirales debían ser las más arduas del mundo judicial romano, tanto por la gran publicidad que rodeaba la actuación de los centumviros como por la naturaleza misma de las causas (cuestiones hereditarias), que requerían gran preparación jurídica y una elocuencia magistral⁵⁹. Que la competencia de los *centumviri* fuera exclusiva en cuestiones hereditarias, es hoy un resultado adquirido pacientemente por la doctrina más reciente, frente a la tesis antigua de que el tribunal centumviral ya antes de la *lex Iulia iudiciorum privatorum* tuviera una competencia vastísima que se iría reduciendo hasta concentrarse en las causas de petición de herencia⁶⁰. En general, hoy se admite que los *centumviri* fueran competentes exclusivamente en cuestiones hereditarias, o en todo caso, en cuestiones surgidas a propósito de controversias sobre herencias⁶¹. Y la

viri, en *Labeo*, 4 (1958), p. 14 ss., y también KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, p. 115 ss.

59. Bozza, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli, 1928, p. 36.

60. Cfr. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, I, Leipzig, 1888, p. 221 ss.; WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrecht*, München, 1925, p. 58; KOSCHAKER, rec. a Bozza, en *ZSS*, 50 (1930), p. 684. También en el sentido de atribuir a los centumviros más amplia competencia, abarcando las *causae liberales*, vid. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, Bologna, 1948, p. 254.

61. JOBBE-DUVAL, *Explication du n. 173 du livre "de oratore" de Cicéron*, en *NRH*, 28 (1904), p. 537 ss.; BOZZA, *op. cit.*, p. 24.; COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I (Bologna, 1927), p. 250; II (Bologna, 1928), p. 35, n. 1; CARCATERA, *La hereditatis petitio*, en *Annali Bari*, N. S. 3 (1940), p. 67 ss., y últimamente con gran acopio de textos, MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, en *Annali Palermo*, 24 (1955), p. 25 ss. Desde otro punto de vista, contra la tesis de la Bozza (*op. cit., passim*; *id.* *Actio in rem per sponsionem*, en *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930, p. 596 ss.) que limita el procedimiento *per sponsionem* a las causas de petición de herencia ante el tribunal centumviral, vid. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, III, Bologna, 1950, p. 56 ss.; *id.* *Sfunti critici in tema di actio in rem per sponsionem*, en *Studi Albertario*, I (Milano, 1953), p. 171 ss.; y ahora en *Il problema d'origine del processo extra ordinem*.

herencia que se discute en la *causa Curiana* estaba en posesión de Curio, al que se la disputan los agnados: Cic. *de inv.* 2.42.122: *ambigunt agnati*.

Veremos ahora separadamente los argumentos de las partes. Como es sabido, Scaevola defendía la letra del testamento: Craso, la *voluntas*. Desgraciadamente Cicerón nos da poca noticias de la actuación de Scaevola, y salvo una exposición general de su modo de actuar (*Brut.* 52.194), tenemos que colegir la defensa de los agnados a través de diversas alusiones esparcidas a lo largo de la producción ciceroniana, y a través de la defensa de Craso con sus constantes y a veces satíricas referencias a los argumentos de Scaevola. Cicerón parece defender el criterio subjetivo de Craso, del que habla mucho más que del de Scaevola.

de orat. 1.57.244: *Ipse ille Mucius paterni iuris defensor et quasi patrimoni propugnator sui, quid in illa causa, cum contra te diceret, attulit, quod de iure civile depromptum videretur? Quam legem recitavit? Quid patefecit dicendo, quod fuisset imperitis occultius? Nempe eius omnis oratio versata est in eo, ut scriptum plurimum valere oportere defenderet: at in hoc genere pueri apud magistros exercentur omnes, cum in eius modis causis alias scriptum, alias aequitatem defendere docentur.*

Cicerón, por boca de Antonio, señala la defensa a ultranza de Scaevola de la letra del testamento (*ut scriptum plurimum valere oportere defenderet*) en una defensa exasperada del formalismo, basándose en el respeto y en la autoridad del testador (*paternei iuris defensor*) que defendía con tanto calor como si el asunto le interesara personalmente, pero no citando del *ius civile* ninguna norma concreta. Porque formalmente, dentro de una defensa a ultranza del formalismo literal del testamento, quizá pudiera haber invocado XII Tablas VI, 1, *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto*, aunque habría que ver en qué medida esta norma más que un criterio hermenéutico se refiere a la formalidad esencial del *nexum* o de la *mancipatio*⁶² o quizá basarse en XII

cit., p. 279, n. 2. Sobre la naturaleza de la *hereditatis petitio*. vid. DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio*. Milano, 1954, cap. I.

62. Cfr. la discusión de estos problemas en GANDOLFI, *Studi*, p. 295 ss.

Tablas V, 3, *uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto*⁶³ que también plantea la misma cuestión que la norma VI, 1, o sea, que parecen mejor normas relativas al ritual preciso y constitutivo de cada acto, que no a normas hermenéuticas. Por otro lado, plantear cuestiones interpretativas sobre el binomio *verba-voluntas* en las XII Tablas, es muy aventurado, y no parece tener viabilidad alguna. Insisto, sin embargo, en la extrañeza de la actuación de Scaevola al no apoyarse en normas concretas del *ius civile*; claro que ello no quiere decir que su argumentación fuera retórica⁶⁴. Scaevola lo que defendía en primer lugar era la certeza del derecho, la seguridad jurídica: en otras palabras, el formalismo a ultranza. Si no había llegado a nacer el hijo, y como condición previa para que el sustituto llegara a entrar en posesión de la herencia era que el hijo muriera antes de llegar a la pubertad, desde un punto de vista estrictamente adherente a los *verba*, faltaba la condición principal: el nacimiento y posible no llegada a la pubertad del *nasciturus*, y sobre ese formalismo es sobre lo que se basó Scaevola:

Brut. 52.195: Cum is hoc probare (sc. Scaevola) vellet, M. Curium, cum ita heres institutus esset, «si pupillus ante mortuus esset quam in suam tutelam venisset», pupillo non nato heredem esse non posse: quid ille non dixit de testamentorum iure? de antiquis formulis? quem ad modum scribit oportuisset, si etiam filio non nato heres institueretur? 196: quam captiosum esse populo, quod scriptum esse neglegi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere? 197: Quam ille multa de auctoritate patris sui, qui semper ius illud esse defenderat?...

Scaevola insiste en la interpretación literal a ultranza, y dramáticamente expone los peligros de apartarse de tal interpretación, tanto por el respeto debido a la voluntad testamentaria como por la aplicación de las reglas de los *veteres* que imponían la aplicación literal del testamento. Proceder de otro modo (al modo de Craso)

63. Para un análisis de esta norma, cfr. TORRENT, *Venditio Hereditatis*, Salamanca, 1966, p. 52-53.

64. Como dicen GANDOLFI, *Studi*, p. 293 y WIEACKER, en *The Irish Jurist*, 1967, p. 157, n. 22.

supondría exponer al pueblo a graves peligros, como el derivado de hombres hábiles en el discutir que desnaturalizarían la voluntad escrita de los hombres sencillos. Por ello no se puede entrar a investigar sobre la voluntad de un hombre que por afán de claridad ha dejado escritas sus disposiciones. Lo que hacía Scaevola además basándose en la autoridad de su padre que siempre defendió los derechos expresados en lo escrito, así como por la necesidad de mantener las normas del *ius civile*.

de orat. 1.39.180: (Scaevola) *ex scripto testamentorum iura (Coponi) defenderet negaretque, nisi postumus et natus et antequam in suam tutelam veniret, mortuus esset, heredem eum esse posse, qui esset secundum postumum et natum et mortuum heres institutus.*

En este último fragmento, Craso habla refiriéndose a la defensa de Scaevola destacando los argumentos literales de éste. La actuación de Craso nos es mejor conocida: Cicerón no oculta su preferencia por el orador, y ofrece mucha más información sobre Craso que sobre su oponente.

de orat. 1.39.180: *ego autem defenderem eum hac tum mente fuisse, qui testamentum fecisse, ut si filius non esset qui in suam tutelam veniret, M. Curius esset heres...*

Craso en contraposición a Scaevola defiende la intención del testador, o sea, que si no tuviera un hijo que llegara a la pubertad, fuera heredero M. Curio (*hac mente fuisse qui testamentum tum fecisse*), tesis que desarrolla con más amplitud en

Brut. 53.197: *hoc voluisse eum qui testamentum fecisset, hoc sensisse, quoquo modo filius non esset, qui in suam tutelam veniret, sive non natus, sive ante mortuus, Curius heres ut esset: ita scribere plerosque et id valere et valuisse semper.*

Craso indica que la voluntad de Coponio era ésta: que tanto por los motivos que fueran el hijo no llegara a la pubertad, como en el caso que no hubiera llegado a nacer, o que hubiera muerto, el heredero debería ser Curio. Esta es la *voluntas testatoris*, y así debe interpretarse, porque éste es el sentido con que generalmente

se escribe esta cláusula (*ita scribere plerosque*, que parece hacer alusión al *sermo communis*⁶⁵), y sucede así en la praxis normal: *ita valere semper* (cfr. *Pro Cacc.* 24.29). Pero es que además esta interpretación es la ajustada a la equidad; de otro modo se plantearían múltiples dificultades en materia testamentaria, como en otros sectores, si no se tuviera en cuenta la intención del testador.

Brut. 53.198: *Deinde aequum, bonum testamentorum sententias voluntatesque tutatus est: quanta esset in verbis captio cum in ceteris rebus tum in testamentis, si neglegerentur voluntates...*

Y debido a que Scaevola defiende tan puntillosamente la interpretación literal del testamento, Craso arremete contra aquél con ironía demoledora:

Brut. 53.197: *At vero, ut contra Crassus ab adolescente delicato, qui in littore ambulans scalum repperisset ob eamque rem aedificare navem concupivisset, exorsus est, similiter Scaevolam ex uno scalmo captionis centumvirale iudicium hereditatis effecisse: hoc ille initio, consecutis multis eiusdem generis sententiis, delectavit animosque omnium qui aderant in hilaritatem a severitate traduxit: quod est unum ex tribus quae dixi ab oratore effici debere.*

La comparación que señala Craso entre el mejor jurista de su época, Scaevola, y el joven que pasea por la arena y que viendo un remo (*scalmus*), pretende del remo construir una barca, no benefició nada a Scaevola al que dejó en ridículo ante los asistentes al juicio decenviral, haciendo perder seriedad al proceso (*in hilaritatem a severitate traduxit*). La comparación vino a cuento porque Scaevola, según Craso, de un remo (de un pequeño detalle del testamento) pretendió obtener una serie de consecuencias para la herencia, ironía que entraba en las armas con las que contaba el

65. Quizá este *scribere plerosque* pudiera entenderse como referencia de Craso a los escritos de los juristas cuya mayoría estaría inclinada a una interpretación en favor de la *voluntas*, aunque parece más probable, y así es considerado por los autores que se han ocupado de la *causa Curiana*, que Craso se refiere al *sermo communis*: de las palabras utilizadas por el testador en la sustitución pupilar, se infiere que según el lenguaje normal también ha querido la sustitución vulgar.

orador, y que llega a su punto máximo cuando exclama, *Brut.* 53.198: *quantam sibi potentiam Scaevola adsumeret, si nemo aude- ret testamentum facere postea nisi de illius sententia*. Apurando al máximo el filón irónico a fin de ganar a su favor la causa, Craso pone a Scaevola en una situación muy desairada, pues si todos los ciudadanos romanos fueran tan escrupulosos como Scaevola, tendrían que hacer testamento después de haberle consultado. Esta misma ironía se matiza en

de orat. 2.6.24: *Itaque illud ego, quod in causa Curiana Scaevolae dixi, non dixi secus ac sentiebam: nam "si", inquam Scaevola, nullum erit testamentum recte factum, nisi quod tu scripseris, omnes ad te cives cum tabulis veniemus, omnium testamenta tu scribes unus. Quid igitur? inquam "quando ages negotium publicum? quando amicorum? quando tuum? quando denique nihil ages? Tum; illud addidi "mihi enim liber esse non videtur, qui non aliquando nihil agit".*

Vemos que la argumentación de Craso recurre a la ironía ridiculizadora, tema de especial interés retórico, siendo lícita cualquier arma dialéctica con tal de conseguir el fin propuesto. Por tanto, vemos en Craso dos series de argumentos: unos jurídicos, y otros retóricos, de los que Craso hace gala con evidente habilidad ante los centumviros. Asimismo, hace uso de numerosos ejemplos tomados del argumentar retórico: *Top.* 10.44: *Ex eodem similitudinis loco etiam exempla sumuntur, ut Crassus in causa Curiana exemplis plurimis usus est...* Y digo tomados del argumentar retórico en cuando se alude a la *similitudo*, pero, en mi opinión, esta alusión a los *exempla* puede referirse al *sermo communis*, en el sentido de citar otros testamentos de los que pudiera traer argumentos en su favor, es decir, testamentos en los que utilizándose determinados *verba*, normalmente se entiende que quería el testador obtener un determinado fin, como ocurrió en la *causa Curiana*, en la que dentro de un ámbito restringido de *verba*, se entiende como ocurría en otros casos (*Brut.* 53.197 *scribere plerosque*), que el testador pretendía unos efectos más amplios de los que se presumen interpretando literalmente el testamento. Así Craso, por la fuerza contundente de sus argumentos, tanto de orden lógico-

jurídico, como por sus argumentos retóricos, atrajo a su favor la convicción del tribunal:

Brut. 53.198: Haec cum graviter tum ab exemplis copiose, tum varie, tum etiam ridicule et facete explicans eam admirationem adsessionemque commovit, dixisse ut contra nemo videretur: —hoc erat oratoris officium, partitione tertium, genere maximum. Hic ille de populo iudex, qui separatim alterum admiratus esset, idem audito altero iudicium suum contemneret; at vero intelligens et doctus audiens Scaevolam sentiret esse quoddam uberius dicenai genus et ornatus.

de orat. 1.57.243: Ac mea quidem sententia —frequens enim te audivi adque adfui— multo maiorem partem sententiarum sale tuo et lepore et politissimis facetiis pellexisti, cum et illud nimium acumen inluderis et admirare ingenium Scaevolae qui excogitasset nasci prius oportere quam emori; cumque multa contigeres et ex legibus et ex senatus consulis et ex vita ac sermone communi non modo acute sed etiam ridicule ac facete, ubi si verba, non rem sequeremur, confici nihil posset: itaque hilaritatis plenum iudicium ac laetitiae fuit: in quo quid tibi iuris civilis exercitatio profuerit, non intellego: dicendi vis egregia, summa festivitate et venustate coniuncta, profuit.

Antonio en este último fragmento pone de manifiesto el papel ridículo de Scaevola ante la sagacidad irónica de Craso, sagacidad que a la vez se apoyaba en leyes, senadoconsultos, y en el uso mismo corriente de las palabras, apoyándose Craso por tanto en argumentos lógicos que iban rebatiendo punto por punto la defensa de Scaevola, y haciéndolo de una manera tan admirable y a la vez tan divertida, que hizo las delicias del tribunal (*hilaritatis plenum iudicium ac laetitiae fuit*). Sin embargo, las frases finales de este fragmento hace figurar los argumentos de Craso como realizados todos al margen del *ius civile*, lo que se explica quizá por la poca preparación jurídica de Antonio, o quizá por el mayor énfasis que a los argumentos retóricos quisiera dar Cicerón, porque en la realidad, Craso, hombre versadísimo en cuestiones jurídicas, planteó su defensa desde un prisma jurídico, aunque desde luego, sazónándola con agudezas y sarcasmos retóricos, a los que Antonio atribuye influencia decisiva a la hora de que los centumviro dieran

la razón a Craso, que lo que venía a defender fundamentalmente era una interpretación basada en la equidad de los términos del testamento:

Brut. 39.145: Ita enim multa tum contra scriptum pro aequo et bono dixit, ut hominem acutissimum Q. Scaevolam et in iure, in quo illa causa vertebatur, paratissimum obrueret argumentorum exemplorumque copia: atque ita tum ab his patronis aequalibus et iam consularibus causa illa dicta est, cum uterque ex contraria parte ius civile defenderet, ut eloquentium iuris peritissimus Crassus, iuris peritorum eloquentissimus Scaevola putaretur. Qui quidem cum peracutus esset ad excogitandum quid in iure aut in aequo verum aut esset aut non esset, tum verbis erat ad rem cum summa brevitate mirabiliter aptus.

Demasiado enfático este fragmento en el que cita a Craso como maestro en la defensa de la equidad contra lo escrito, y mejor jurista entre los oradores, como a Scaevola mejor orador entre los juristas, pero aporta una prueba más entre las ya vistas a favor de la equidad patrocinada por Craso en la interpretación de la *voluntas testatoris*, como informa Cicerón a propósito de la preparación retórica en las actuaciones judiciales:

de orat. 1.57.242: in eo autem iure, quod ambigitur inter peritissimos, non est difficile oratori eius partis, quamcumque defendet, auctorem aliquem invenire: a quo cum amentatas hastas acceperit, ipse eas oratoris lacertis viribusque torquebit. Nisi vero —bona venia huius optimi viri dixerim— Scaevolae tu libellis aut praeceptis soceri tui causam M. Curi defendisti, non adripuisti patrocinium et defensionem testamentorum ac voluntatis mortuorum.

Este *patrocinium aequitatis* es en el que Craso se apoya para defender la *voluntas* testamentaria:

pro Caec. 18.53: Ornate et copiose L. Crassus, homo longe eloquentissimus, paulo ante quam nos in forum venimus, iudicio Cvirali hanc sententiam defendit et facile, cum contra eum prudentissimus homo Q. Mucius, diceret, probavit omnibus, M. Curium, qui heres institutus esset ita: «mortuo postumo filio», cum filius non modo non mortuus sed ne natus quidem esse, heredem esse oportere. Quid? verbis hoc satis erat cautum? Minime.

Quae res igitur valuit? Voluntas, quae si tacitis nobis intellegi posset, verbis omnino non uteremur; quia non potest verba re-perta sunt, non quae impedirent sed quae indicarent voluntatem.

Este fragmento, interesante en re otras razones porque nos da la pauta para permitir situar la fecha de la *causa Curiana* a través de la referencia autobiográfica de Cicerón (*paulo ante quam nos in forum venimus*), afina más la interpretación de la *voluntas* por parte de Craso, que interpreta los *verba* utilizados por el testador, no de cualquier modo, y, desde luego, no literalmente como hacía Scaevola, sino en modo que indicara la *voluntas* efectiva del testador, afirmando la primacia del espíritu sobre la letra.

Al margen de la obra ciceroniana, encontramos asimismo alguna referencia a la *causa Curiana* en Quintiliano (nacido en Calahorra entre el 35-40 d. C.; muerto en Roma a finales del siglo I), cuya obra, *Institutiones oratoriae*, publicadas el 96 d. C., casi doscientos años posterior a la *causa Curiana*, ofrece algún interés para nuestro tema. No hay que olvidar, sin embargo, el neto corte retórico de Quintiliano, y su exposición por tanto, de la *causa Curiana*, dentro de este orden de ideas.

Inst. orat. VII.VI.9: Sed ut, qui voluntate nitetur, scriptum, quotiens poterit, infirmare debet, ita qui scriptum tuebitur adiuuare se etiam voluntate temptavit. in testamentis et illa accidunt, ut voluntas manifesta sit, scriptum nihil sit, ut in iudicio Curiano, in quo nota L. Crassi et Scaevolae fuit contentio.

10: *substitutus heres erat, si postumus ante tutelae annos decessisset: non est natus: propinqui bona sibi vindicabant, quis dubitaret, quin ea voluntas fuisset testantis, ut is non nato filio heres esset qui mortuo? sed hoc non scripserat.*

11: *id quoque, quod huic contrarium est, accidit nuper, ut esset scriptum quod appareret scriptorem noluisse...*

12: *sub hoc statu generales sunt quaestiones, scripto an voluntate standum sit, quae fuerit scribentis voluntas: tractatus omnes qualitatis aut coniecturae, de quibus satis dictum arbitrator.*

Por su profunda formación retórica, Quintiliano expone la *causa Curiana* como un problema de interpretación de la *voluntas* desde un prisma retórico y resuelto con armas dialécticas pero en la realidad, hay que observar que tanto Craso como Scaevola basa-

ban sus argumentos en el *ius civile* ⁶⁶ como hemos tenido ocasión de comprobar en los alegatos de ambas partes, planteándose polémicamente el problema como una tensión entre la interpretación literal y la equidad, o en otras palabras, como una tensión entre el *summum ius* ⁶⁷ y el *bonum et aequum* como criterios a utilizarse en cada caso. Y en el fondo entonces el problema se reconduce a clarificar la importancia de la *aequitas* (de marcada influencia griega, según Stroux) como instrumento determinante en la *interpretatio iuris*, y si realmente ello supone un elemento renovador dentro de la evolución del Derecho romano, elemento renovador que vendría predeterminado, según Stroux y sus seguidores, por las escuelas retóricas que a su vez traían sus ideas del bagaje de conceptos procedentes de la especulación filosófica griega.

No cabe duda que en el antiguo Derecho quiritarario imperaba el formalismo más exagerado a través de *verba solemnia* o de actos rígidamente establecidos, a los que el ordenamiento atribuía un contenido concreto ⁶⁸. Pero en la larga evolución que va desde las XII Tablas hasta finales de la República, el Derecho quiritarario por un proceso secularizador y flexible a través de la *interpretatio prudentium*, se había convertido en *ius* caracterizado por ser *bonum et aequum*, como podemos leer en *Rhet. Her.* 2.13.20: *ex aequo et bono ius constat*, o en *Cic. Top.* 2.9: *ius civile est aequitas constituta* ⁶⁹. Esto por lo que se refiere a las fuentes de época republicana: los textos son más numerosos respecto a la época clásica, tema en el que la concreción temporal de este trabajo, me impide tratar ahora ⁷⁰.

66. Cfr. *Brut.* 39.145; *de orat.* 1.39.180; Así destacan PERRIN, *RHD*, 1949, p. 357; MAGNE, *Summum ius summa iniuria*, en *Romanitas*, 2 (1959), p. 40; WUNNER, *Contractus*, cit., p. 190; GANDOLFI, *Studi*, p. 292, y reconoce también el mismo STROUX, en *Annali Palermo XII* (1929), p. 673.

67. Para una investigación filológica sobre el tema, utilizando el material del *Th. L. L.*, vid. KORNHARDT, *Summum ius*, en *Hermes*, 81 (1953), p. 77 ss.

68. Vid. GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1967, p. 131 ss.

69. PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, en *ZSS.* 52 (1932), p. 81, llama a Cicerón "gebildneter Redner und besonderer Vertreter der *Aequitas*".

70. La bibliografía sobre la *aequitas* es abundantísima: me remito, aparte de los trabajos aquí citados, a GUARINO, s. v. en *NNDI VI*, 1960, p. 619 ss.

Desde luego, aparte de su entronque filosófico en el que no voy a entrar, la *aequitas* es un concepto en inmediata relación con el Derecho: Cic. *Top.* 23.90: *aequitas tripartita dicitur esse: una ad superos deos, altera ad manes, tertias ad homines pertinere. Prima pietas, secunda sanctitas, tertia iustitia*⁷¹. Dentro de la tripartición ciceroniana, la *aequitas* —aquilatando más su concreción jurídica— vendría a ser un instrumento judicial adaptando lo *bonum et aequum* a cada caso concreto: *De inv.* 2.4.12: *in iudiciis quid aequum sit quaeritur*; 2.51.156: *placet in iudiciali genere finem esse aequitatem*; *de off.* 1.19.44: *aequitatem, quae est iustitiae maxime propria*⁷². Por tanto, Cicerón presenta la *aequitas* como fundamento de la justicia; pero no como una mera idea retórica, sino como un principio cuya eficacia virtual tiene su campo de acción en las sentencias de los tribunales, y que Cicerón, preocupado por motivos ético-jurídicos⁷³, llega a identificar muchas veces un particular sentido de la *aequitas* con el *ius*, e incluso ha llegado a decir Biondi⁷⁴ que en ninguna época el *ius* ha estado separado conceptualmente de la *aequitas*⁷⁵. El mismo Cicerón (*pro Cacc.* 28.80) refiere la *aequitas* a los antiguos, y en *pro Mur.* 12.27 señala la influencia de la *aequitas* en la jurisprudencia pontifical, aunque reconoce que ésta estaba más bien apegada al tenor de los *verba*: *in omni denique iure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt*.

Puede afirmarse, por consiguiente, que la *aequitas* fue un concepto dominante en la jurisprudencia romana desde los tiempos antiguos, concepto difuso en el campo jurídico, al que los juristas no dieron unos perfiles precisos y netos, pero, desde luego, operante en la praxis jurídica, y que vino a alcanzar consagración

71. Para un análisis del texto, vid. RIPOSATI, *Una singolare nozione di "aequitas" in Cicerone*, en *Studi Biondi*, 2 (Milano, 1965), p. 447 ss.

72. Cfr. VOIGT, *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, I, Leipzig, 1856, p. 35 ss. (reed. fot. Aalen, 1966), que al hablar de la *aequitas* en el campo del Derecho, la presenta como *wissenschaftliche aequitas*. Muy interesante por el gran número de textos que aporta.

73. Cfr. ROBLEDA, *Filosofía jurídica de Cicerón*, en *Studi Biondi*, 2 (Milano, 1965), p. 476 ss.; RIPOSATI, *ibid.* *passim*.

74. BIONDI, *Il diritto romano*, Bologna, 1957, p. 185.

75. RIPOSATI, en *Studi Biondi*, 2, p. 455.

conceptual en la obra de los retóricos, especialmente Cicerón en su *Topica*, dedicada al jurista Cayo Trebacio Testa, y muy influida —como es bien sabido— por Aristóteles⁷⁶. Pero no puede decirse sin más que la concepción romana de la *aequitas* fuera una idea aplicable en Roma del mismo modo que lo era en Grecia con Aristóteles, como igualmente puede decirse de otra serie de tópicos de la retórica, que no influyeron en el Derecho de la época republicana, ni en el clásico, aunque sí en el postclásico⁷⁷. Dentro de este orden de ideas, dice U. Alvarez⁷⁸, que “la idea central de la equidad aristotélica que en los retóricos planteaba un problema de interpretación de la ley cuajado en el binomio *ius strictum-aequitas*, con su reflejo en la interpretación del negocio jurídico con la contraposición *verba-voluntas*, era completamente extraña al auténtico y puro jurisconsulto republicano”, idea que atenúa cuando admite que esto sería así. “al menos en principio”⁷⁹.

Salvado este pequeño *excursus* sobre la *aequitas*, volvamos sobre la *causa Curiana*, auténtico banco de prueba del método hermenéutico de los juristas romanos. Como ya sabemos, para una parte de la doctrina a partir de los trabajos de Stroux acogidos entusiastamente por Riccobono⁸⁰, en la *causa Curiana* puede verse una victoria contundente de la *aequitas* en la interpretación de la *voluntas* sobre los *verba*⁸¹, *aequitas* que a su vez se entiende como concepto retórico de procedencia griega actuando determinantemente en la metodología hermenéutica de los juristas romanos, resultados que acogen Maschi y Santa Cruz. Sin embargo, la reacción contra la tesis de Stroux fue bastante ácida, siendo la más radical la de

76. Cfr. el interesante trabajo de RAGUSA, *Diritto ed aequità da Cicerone ai giureconsulti classici*, en *AG.* 10 (1930), p. 87 ss.; p. 224 ss.

77. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Salamanca, 1943, p. 77.

78. ALVAREZ, *La Jurisprudencia romana en la hora presente*, cit., p. 71.

79. ALVAREZ, *op. cit.*, p. 72.

80. Aparte de los trabajos ya citados, añádase RICCOBONO, *La definizione del ius al tempo di Adriano*, en *Annali Palermo*, 20 (1949), p. 91.

81. STROUX, en *Annali Palermo*, 12 (1929), p. 675, llegó a decir que la victoria de Craso inicia una época de la jurisprudencia; en contra SCHULZ, *History*, p. 79; GANDOLFI, *Studi*, p. 291; WIEACKER, en *The Irish Jurist*, 1967, p. 161.

Beseler que ilegó a decir "Ich hätte Johannes Strouxens Schrift *Summum ius summa iniuria* sofort auf öffentlichem Markte verbrennen sollen"⁸², que por otra parte acentúa la tendencia involuntarística de la defensa de Scævola⁸³. También desde un prisma histórico-filológico, la tesis de Stroux ha sido criticada por Büchner⁸⁴, y últimamente, desde un punto de vista jurídico, es rechazada por Voci⁸⁵, Gandolfi⁸⁶ y Wieacker⁸⁷, que mantienen la opinión —que yo suscribo— que no puede verse en la defensa de Craso que éste haya propuesto unos criterios de interpretación nuevos, y mucho menos, como dice Gandolfi, que "este presunto criterio hermenéutico haya sido propugnado como derivado de la enseñanza retórica, en contraste con las directrices fundamentales del *ius civile vetus*".

La misma defensa de Craso, sus argumentos fundamentales, tampoco son retóricos, pues como ponen de relieve Gandolfi y Wieacker, Craso basa la *defensio voluntatis* a través del *sermo communis*, es decir, a través de la interpretación (típica, dice Betti⁸⁸) de las palabras tal como eran entendidas normalmente por los ciudadanos romanos, para lo que Craso adujo *plurima exempla*. Por ello, dice Wieacker⁸⁹ en contra de Stroux, el punto crucial de la discusión no fue una confrontación *verba-voluntas*, o desde otro punto de vista, una confrontación *rigor-aequitas*, sino "it was in reality a matter of linguistic usage and word meaning as they had been formed by the juristic tradition of the *ius civile*". Según

82. BESELER, *Digestenkritik*, en *BIDR*, 53-54 (1948), p. 349.

83. BESELER, *Recuperationes iuris antiqui*, en *BIDR*, 45 (1938), p. 171.

84. BÜCHNER, *Summum ius summa iniuria*, en *Historisches Jahrbuch der Görresges ellschafi*, 73 (1954), p. 11 ss., cuyos resultados no parecen convenir del todo a KISCH, *Summum ius summa iniuria. Basler Humanisten und Juristen über Aequitas und Ἐπιείκεια*, en *Festgabe Simonius*, Basel, 1955., p. 202.

85. VOCI, *Diritto ereditario romano*², 2, p. 913.

86. GANDOLFI, *Studi*, p. 291, 294.

87. WIEACKER, en *The Irish Jurist*, 1967, p. 161 ss.

88. BETTI, *Corso di diritto romano. Rischio contrattuale. Atto illecito. Negozio giuridico*, cit., p. 349, n. 1.

89. WIEACKER, en *The Irish Jurist*, 1967, p. 161.

Voci⁹⁰ lo que se discute en la *causa Curiana* son "problemas de utilidad común sobre los que los dos adversarios juzgan diversamente: para Scaevola el bien a conservar es la certeza; para Craso es de mayor importancia la ayuda ofrecida a la mayor parte de los ciudadanos aclarando lo que éstos han sabido intuir de algún modo".

Wieacker desplaza la *aequitas* como criterio válido para arrojar luz sobre la *causa Curiana*; a mi modo de ver, sin embargo, creo que no puede prescindirse de la *aequitas* a la hora de estudiar este proceso⁹¹. De los argumentos de Craso está claramente demostrado cómo la *aequitas* exige que se tenga en cuenta la *mens testatoris* sobre lo *scriptum*. La dificultad estriba precisamente, como dice Voci⁹², en que no se deriva inmediatamente una determinada voluntad de lo escrito (por eso decíamos al principio que ambas defensas eran plausibles), voluntad que se supone existente por un criterio de racionalidad. De ahí que Gandolfi⁹³ insista en que "il dibattito non era impostato sulla applicabilità di un principio ermeneutico, sino allora tassativo e cogente e di cui s'invocaba il superamento, ma sulla logica illatività di una formula negoziale".

Todo esto nos lleva a estudiar el problema de las sustituciones, dado que la cuestión debatida en la *causa Curiana* estriba en que si una sustitución pupilar envuelve una sustitución vulgar tácita (tesis de Craso), es decir, si en la sustitución pupilar puede encontrarse una voluntad implícita dirigida a admitir una sustitución vulgar.

Si se admite como condición de la sustitución que el *postumus* no llegara a la pubertad, realmente la condición no se ha cumplido perfectamente, puesto que el *postumus* ni ha llegado a nacer. El testamento de Coponio a favor del *postumus* era perfectamente válido, pues el *postumus*, según la narración ciceroniana, sería *heres suus*, y como tal, recibiría la herencia paterna *ab intestato* siempre.

90. VOCI, *Dir. cred.*, 2, p. 912.

91. Ya dice WUNNER, *Contractus*, cit., p. 189, que en la *causa Curiana* la ausencia de la *voluntas* no podría manifestarse por sí misma, sino a través del concepto jurídico indeterminado de la *aequitas*.

92. VOCI, *Dir. cred.*, 2, p. 913.

93. GANDOLFI, *Studi*, p. 292.

En la *causa Curiana* la institución expresa del *postumus suus* refuerza la voluntad de Coponio de que heredara su hijo, derecho que correspondía al hijo siempre, a no ser que el padre expresamente lo desheredara. La sucesión del *suus* corresponde a una regla antiquísima que procede de la legislación desenviral (V. 4) por la que los *sui* sucedían al *pater* automáticamente, por la fuerza misma de la tradición romana⁹⁴. En la medida que los lazos familiares se van aflojando y la *latissima potestas testandi* del *pater* se amplía, se configuró la regla *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi* (plasmada en Ulp. 22.14; cfr. D. 28.2.30 Gayo 17 *Ed. prov.*), que señala el rigor tradicional de la sucesión de los *sui* (*liberi in potestate patris*), a los que el ordenamiento jurídico atribuye una delación forzosa siempre en caso de herencia *ab intestato*. En todo caso, los *sui* siempre deberían ser considerados en el testamento, tanto para instituirlos como para desheredarlos.

El problema de la sucesión del póstumo plantea la cuestión de que no todo póstumo puede heredar, sino únicamente los *postumi sui*, *liberi*, nacidos *ex iustis nuptiis*; no así los *postumi alieni* (Gayo, 2.241-242) que venían considerados *personae incertae*⁹⁵.

La institución hereditaria de los *postumi sui* está en relación con la regla *conceptus pro iam nato habetur*, documentada abundantemente en las fuentes romanas (D. 1.5.26 Iul. 69 *dig.*; D. 38.16.7 Celso 28 *dig.*; Gayo, 1.147; D. 1.5.7 Paul. *lib. sing. de port.*) y estudiada magistralmente por Albertario⁹⁶, cuyos resultados pueden considerarse consolidados y hasta ahora definitivos sobre este punto.

Esta regla *conceptus pro iam nato habetur*, es lo que me ha hecho pensar si Craso se hubiera servido de esta ficción para defender los derechos de Curio. No quiero decir que Craso utilizara esta regla en el sentido de indicar que el concebido hubiera nacido ya, sino que homologara a efectos de la sustitución de Curio al

94. TORRENT, *Venditio Hereditatis*, cit., p. 47. Desde otro enfoque, para la sucesión de los *sui*, vid. TORRENT, *Consortium creto non cito*, en *AHDE*, 34 (1964), p. 479 ss.

95. Cfr. ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano, 1937, p. 21 ss.

96. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur* (Lince di una ricerca storico-domatica), en *Studi*, I (Milano, 1933), p. 3 ss.

nasciturus como si ya hubiera nacido⁹⁷. Parece claro que el *postumus* esperado por Coponio estuviese ya concebido en el momento de redactar éste el testamento (cfr. *de inv.* 2.42.122), y siguiendo este orden de ideas, podría haber sucedido que Craso, valiéndose de esta ficción, considerara al *nasciturus* por nacido y no llegado a la pubertad, con lo que Curio entraría sin ninguna dificultad en posesión de la herencia. Pero no hay indicio alguno de que Craso planteara su defensa dentro de estos esquemas que, en mi opinión, hubiera sido posible. Es decir, como hipótesis jurídica creo que esta defensa era viable, sobre todo si contamos con los numerosos textos sobre *postumi sui* que, aún siendo de juristas clásicos, creo que pueden aplicarse al último siglo republicano. Pero las fuentes ciceronianas no aluden para nada a este planteamiento: Craso basó su defensa en torno a la *voluntas testatoris* que apuntaba a Curio como sustituto.

Se ha entendido por algunos autores (Vangerow, Perozzi, La Fira⁹⁸) que la sustitución pupilar representa dentro del Derecho romano un régimen extraño en contradicción con los principios generales del derecho hereditario. En mi opinión, tal crítica peca de un excesivo dogmatismo en apreciar el desarrollo perfectivo del derecho hereditario, aunque está confortada quizá en afirmaciones que pueden parecer peregrinas en las fuentes clásicas (como, por ejemplo, el aforismo *unum testamentum duarum hereditatum*⁹⁹), pero que encuentran su explicación en las nuevas necesidades jurídicas que fueron resolviéndose por vía de la *interpretatio*. Desgraciadamente no tenemos información suficiente para la época republicana, si exceptuamos las menciones ciceronianas sobre el tema que ya conocemos, lo que hace extremadamente peligroso aventurar hipótesis sobre el origen de la sustitución pupilar.

Está generalmente admitido que el fundamento de este instituto

97. Cfr. las observaciones respecto a esta regla en GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho Romano*, en *AHDE*, 27-28 (1957-58), p. 338-9.

98. Vid. VOGLI, *La sostituzione pupillare nel diritto romano*, en *AG*, 149 (1955), p. 57, que critica a estos autores.

99. Cfr. SOLAZZI, *Unum testamentum duarum hereditatum*, en *Labeo*, 1 (1955), p. 190 ss.

está en la *potestas* del *pater* para nombrar heredero a su hijo impúber (o a su póstumo) en el caso de que éste no llegara a la pubertad, y quizá también esté en conexión con las reformas pontificales que ataron los *sacra* a la *hereditas* para evitar que aquéllos fueran descuidados¹⁰⁰. Naturalmente, el impúber ni aún con la *auctoritas tutoris* podía testar, y en el caso que muriera *ante quam in suam tutelam veniret*, moriría intestado, con la consiguiente devolución de la *hereditas* a los agnados herederos legítimos. Es conocida en Roma la aversión a morir intestado que se plasma literariamente en la maldición que refiere Plauto, *Curculio*. 622: *Jupiter te male perdat, intestatus vivito*. Dentro de este orden de ideas, la sustitución pupilar responde a una preocupación evidente del *pater*: evitar que su hijo muera *intestatus*, y con ello, evitar la sucesión legítima. Durante el tiempo que media hasta que el hijo llega a la pubertad, el *pater* prevé un sustituto para que recogiera la herencia testamentariamente si aquél no llegara a alcanzar la edad púber.

Han habido algunos autores que niegan capacidad al pupilo para ser herederos del *paterfamilias* en época antigua¹⁰¹, tesis que puede ser cierta para esta época. Para una época posterior, si bien referido a la sucesión legítima y no a la testamentaria, contamos con una noticia de Sabino citada por Ulpiano (que plantea el problema de la veracidad de su referencia al código decemviral) en D. 38.16.3.9, que señala: *ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur*. El texto añade *si fuerit editus*, porque se refiere a un caso de sucesión *ab intestato*, y no voy a entrar ahora en su discusión. Sólo lo aporto como una prueba máxima de la capacidad de suceder, no digo ya del pupilo vivo,

100. Vid. por todo FRANCIOSI, *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, 1965, cap. II. Cfr. mi recesión, algo divergente de la opinión de Franciosi sobre este punto, en *IVRA*, 17 (1966), p. 389.

101. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 876; LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, en *Studi Bonfante*, 3 (Milano, 1930), p. 278; WOLFF, *Die Pupillarsubstitution. Eine Untersuchungen zur Geschichte der Heres-Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft*, en *Studi Riccobono*, 3 (Palermo, 1936), p. 457.

sino del póstumo. En las fuentes romanas hay datos suficientes para demostrar la *testamentifactio* pasiva del impúber, y precisamente en materia hereditaria el derecho del impúber como el de los *póstumi sui* es evidente¹⁰².

No voy a entrar en los perfiles dogmáticos de la sustitución pupilar¹⁰³ que no es oportuno en este momento afrontar: creo que el sustituto es heredero del pupilo, como creo también que el régimen del instituto en la época ciceroniana es sustancialmente idéntico al de la época clásica.

El hecho de que en la *causa Curiana* el *postumus* no llegara a nacer, planteaba la *deficio condicionis* para la sustitución. Esto permitía a Scaevola hacer hincapié sobre la literalidad del testamento: no nacido el hijo de Coponio, invalidez de la sustitución pupilar. De ahí también que Craso insistiera sobre la *mens testatoris*: aunque no hubiera nacido el *postumus*, se entiende que la voluntad implícita de Coponio era que Curio se hiciera heredero. Punto crucial, pues, de la discusión, era el no nacimiento del *postumus*. A este respecto hay un texto curioso:

D. 50.16.129. (*Paul. lib. primo ad legem Iuliam et Papiam*): *Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt.*

Este fragmento de Paulo comentando las leyes matrimoniales de Augusto, y que seguramente se refiere al nacimiento del *conceptus* en orden a sus derechos sucesorios¹⁰⁴ creo que es uno de

102. Cfr. ALBERTARIO, *Studi*, I, p. 3 ss.; ROBBE, *op. cit.*, *passim*; PERRIN, *RHD*, 1949, p. 352, donde critica expresamente a La Pira sobre este punto; BIONDI, *Successione testamentaria e Donazioni*², Milano, 1955, p. 114 ss.; VOCI, *Dir. cred.*², I, Milano, 1967, p. 401; MEINHART, D. 50.16.231. *Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrecht des ungeborenen Kindes*, en *ZSS*, 82 (1965), p. 188 ss.

103. Me remito a las obras ya citadas sobre el argumento; add. VAZNY, *La sostituzione pupillare nella giurisprudenza classica*, en *BIDR*, 46 (1939), p. 67 ss.; id. *Note critiche ed esegetiche alla sostituzione pupillare*, en *BIDR*, 47 (1940), p. 108 ss.; PERRIN, *L'évolution de la substitution pupillaire à l'époque classique*, en *Varia*, I, Paris, 1952, p. 267 ss. Vid. una sucinta crítica a las teorías anteriores, en VOCI, *Dir. cred.*, 2, p. 211 ss.

los argumentos que más o menos con las mismas o distintas palabras, utilizó Scaevola para defender a los agnados. ¿Qué derechos cabe derivar de un ser que ni siquiera llegó a la vida? Porque si Paulo se refiere a seres que nacieron muertos, con mayor razón puede aplicarse su comentario a seres que ni llegaron a nacer, como fue el caso del hijo de Coponio. Por eso se hacía intransigente Scaevola en la interpretación literal del testamento, y por eso también Craso tenía que destacar ante todo la voluntad implícita de que Curio fuera heredero.

Cicerón en *de inv.* 2.21.62-63 nos da otra referencia sobre la sustitución pupilar. Se trata de una controversia entre los sustitutos y los herederos legítimos de un pupilo muerto antes de llegar a la pubertad. Los agnados pretendían que el sustituto recibiera la herencia del testador, pero no los otros bienes adquiridos por el pupilo al margen de la herencia, bienes que deberían recibir los agnados. Sin embargo, esta tesis no triunfó, consiguiendo los sustitutos todo el patrimonio del pupilo (lo que corresponde al régimen clásico de la sustitución pupilar¹⁰⁵), porque —argumentaban los sustitutos— *pater sibi et filio testamentum scripsit*. Los agnados no podrían recibir ningún bien de la herencia del pupilo, porque ello iría contra la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*¹⁰⁶. Este texto ciceroniano por un lado demuestra que el sustituto es heredero del pupilo, pero por otro, puede favorecer la tesis de Craso afirmadora de la *voluntas testatoris*: el *pater* que hace testamento *sibi et filio*. Si el hijo no llega a la pubertad, o no llega a nacer, se entiende que la voluntad del *pater* es que el sustituto fuera heredero. Esta es su intención, pues supliendo la *testamentifactio* activa del pupilo, instituye herederos para sí mismo y para el pupilo. Voci¹⁰⁷ duda de la veracidad de esta narración, y entiende que en este caso no hay necesidad de estimar que Cicerón refiere hechos auténticos, estimando ser probable que se tratara de un caso aportado a título de ejemplo por

104. Cfr. ROBBE, *op. cit.*, p. 48.

105. Cfr. entre otros, D. 28.6.10.5 (Ulp. 4 *Sab.*); Gayo, 2.182.

106. Cfr. VOCI, en *AG*, 149 (1955), p. 56, n. 97.

107. VOCI, *op. ult. cit.*, *passim*.

su valor retórico-dialéctico, con mayor o menor fundamento de verdad, pero, en mi opinión, se trata de un caso real que se discutió en los tribunales de Roma, y la tesis que mantiene Cicerón es la que recogieron los juristas clásicos. Es decir, el supuesto que describe Cicerón en *de inv.* 2.21.62-63, me parece un problema jurídico real, resuelto con los mismos criterios con que lo resolvieron los juristas clásicos.

Resta únicamente por considerar el juego de la *condicio substitutionis*. ¿Podría entenderse que la *condicio* es *impossibilis*, dado que el *postumus* no llegó a nacer? Los informes ciceronianos no son explícitos en este punto, pero puede deducirse que en el momento de la confección del testamento la *condicio* era *possibilis*, y, por tanto, los efectos de la *voluntas testatoris* se producirían teniendo en cuenta esta posibilidad, con la ulterior consecuencia de la sustitución de Curio. Además, hay un movimiento progresivo en la jurisprudencia romana, estimando canceladas las condiciones imposibles en las disposiciones testamentarias, movimiento dirigido a conseguir el fin que quería el testador. En este sentido contamos con dos textos importantes que recogen la opinión de Servio, D. 35.1.6.1 (Pomp. 13 *Sab*) y D. 28.5.46(45) (*Alf. 2 dig. a Paulo epitomat.*), que, sin embargo, en opinión de Wieacker¹⁰⁸, no ofrecen ninguna clave para la solución del problema de la *causa Curiana*, y, en cierta manera, es cierta esta tesis, puesto que los supuestos no son exactamente los mismos¹⁰⁹.

En todo caso, como ya sabemos, prevaleció en el tribunal centumviral la tesis de que la voluntad implícita de Coponio requería que Curio fuera heredero sustituto, envolviendo por tanto la sustitución pupilar una sustitución vulgar tácita¹¹⁰. Sin embargo, esta tesis no señaló una pauta decisiva en la orientación jurisprudencial, puesto que este criterio sólo vino a ser reconocido legislativamente dos siglos y medio más tarde, en una constitución de los *divi fratres* Marco Aurelio y Lucio Vero, recogida en

D. 28.6.4 pr. (Mod *lib. sing. de heurematicis*): *Iam hoc iure*

108. WIEACKER, en *The Irish Jurist*, 1967, p. 162, n. 37.

109. Vid. PERRIN, *RHD*, 1949, p. 525 ss.

110. Cfr. IGLESIAS, *Derecho Romano*², Barcelona, 1965, p. 627.

utimur ex divi Marci et Veri constitutione, cum pater impuberis filio in alterum casum substituisset in utrumque casum substitutus intellegitur, sive filius non exstiterit sive exstiterit et impubes decesserit.

La jurisprudencia debió oscilar grandemente hasta admitir este principio de la sustitución vulgar tácita incluida en una sustitución pupilar, y todavía Gayo 2.179 exige la *substitutio duplex* expresa, lo que prueba en contra de Stroux como no fue tan decisiva la influencia de la retórica en esta materia. Hubo que esperar mucho tiempo para que la tesis aprobada en la *causa Curiana* llegara a tener sanción legislativa¹¹¹.

A modo de conclusiones, puede sentarse que la *voluntas testatoris*, en cuanto criterio hábil para desarrollar la interpretación del testamento, encuentra raíces profundas y antiguas en Roma, y tiene su punto de partida en la *interpretatio* jurisprudencial. La *causa Curiana* sin duda no fue el primer caso en que se dio primacía a la *voluntas* sobre lo *scriptum*, aunque sí fue el más clamoroso, tanto por la personalidad relevante de los contendientes como por la gran publicidad del proceso del que ofrece abundantes muestras la información ciceroniana, que si bien pretende enfocarlo como un éxito de la formación retórica, sin embargo, creo haber demostrado que no fue así. Indudablemente el hábil manejo de recursos retóricos por parte de Craso, contribuyó a que éste ganara la causa, pero Craso utilizó argumentos jurídicos (*pro Caec.* 24.69; *Brut.* 39.144 ss.), argumentos de la estructura lógica del lenguaje (*de orat.* 1.57.243 *sermo communis*) en relación con los problemas que suscitaba la sustitución vulgar tácita, citando *plurima exempla* (*Top.* 10.44), apelando constantemente a la equidad como criterio hermenéutico que conducía a defender el mejor derecho de Curio, interpretando los *verba* en el sentido *non quae impedirent, sed quae indicarent voluntatem* (*pro Caec.* 18.53). Y no puede decirse que éste sea un criterio extraído del mundo retórico, sin que esta afirmación suponga que rechaze absolutamente la influencia de la re-

111. Cfr. BESELER, *Romanistische Studien*, en *ZSS*, 47 (1927), p. 59, que habla de "immanente Pupillarsubstitution"; D'ORS, *Presupuestos*, cit., p. 79; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 574; WIEACKER, en *The Irish Jurist*, 1967, p. 162.

tórica y de los conceptos procedentes de la filosofía griega en el Derecho romano. No puede decirse que la *defensio voluntatis* sea argumento nuevo en la jurisprudencia, ni mucho menos que esta dirección sea debida exclusivamente y en manera preponderante a la influencia de la retórica. La equidad en la interpretación de la voluntad tiene precedentes anteriores a la época silana a la que corresponde la *causa Curiana*, y sirvió de núcleo metodológico a los juristas romanos, que a través de vacilaciones y criterios a veces contrapuestos, fue marcando la pauta en la interpretación testamentaria. En orden a la sustitución vulgar tácita ya hemos visto que no se llegó a una solución definitiva hasta la constitución de los *divi fratres*; en orden a otros problemas de interpretación de la *voluntas testatoris*, la jurisprudencia fue avanzando lentamente, indudablemente siempre teniendo en cuenta la *voluntas*, como ha demostrado recientemente Gandolfi, que juntamente con otros criterios subsidiarios, fueron formando un núcleo de directrices hermenéuticas, muy discutidas entre los juristas de época posterior.

Desde luego, no puede ignorarse el enfoque retórico de Craso y el acendrado formalismo de Scaevola, que presentan la *causa Curiana* como el punto máximo de entrecruzamiento de la actitud retórica, más libre en la interpretación del derecho, y la rigurosa literalidad del jurista. Sin embargo, no parece haber una oposición radical entre ambas actitudes: las dos consideran un problema de interpretación, que, por los intereses particulares de sus clientes, obligan al retórico a desplegar una mayor liberalidad al examinar la *voluntas testatoris*, y al jurista a defender celosísimamente el tenor literal de aquella *voluntas*, pero el mismo hecho de no recogerse una orientación normativa definitiva hasta dos siglos y medio más tarde, habla en favor de la libertad jurisprudencial sobre temas hermenéuticos. Y tampoco puede decirse que la actuación de Craso fuera eminentemente retórica, pues ya hemos tenido ocasión de comprobar cómo hacía gala de sus conocimientos jurídicos en la defensa de Curio. El enfoque de Craso le llevó a utilizar argumentos más flexibles, y en el fondo, a actuar con mayor libertad que Scaevola, que se veía atado por la forma, y si bien Craso emplea argumentos extraídos de su formación retórica (como emplea asimismo argumentos jurídicos), no creo que

este dato autorice a ver en la *causa Curiana* el enfrentamiento radical de dos posturas tan antagónicas como se las ha presentado a veces, sino que más bien pueden presentarse como enfoques de la misma cuestión litigiosa desde prismas convergentes. Se entrecruzan el razonar formalista de Scaevola y el razonar más libre de Craso, y ésto, en el fondo, es una de las constantes históricas en los juristas de todos los tiempos. Aún hoy se siguen viendo procesos similares en los tribunales actuales, y hoy, como en Roma, los problemas de interpretación constituyen la piedra donde se afilan y afinan los conceptos jurídicos. En este sentido, la *causa Curiana* es un magnífico banco de prueba del razonar romano, y el primer capítulo documentado sobre la interpretación de la *voluntas testatoris*, en una época de esplendor jurídico como fue el último siglo de la jurisprudencia republicana. En un próximo estudio habré de afrontar este problema en la consideración de los juristas clásicos.

ARMANDO TORRENT