

ANÁLISIS DE ALGUNAS FALACIAS EN DERECHO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO ROMANO ¹

Por

JUAN MANUEL BLANCH NOUGUÉS
Catedrático de Derecho Romano
Universidad CEU San Pablo

balnou@ceu.es

Revista General de Derecho Romano 33 (2019)

RESUMEN: Se discute inicialmente el significado de falacia y, con ayuda del derecho romano, se pretende relacionar la aparición de las falacias con la esencial tarea jurídica de la interpretación de textos. Los criterios de interpretación de los jurisconsultos romanos se consideran esenciales para comprender los utilizados modernamente. Se analizan al respecto casos emblemáticos del derecho romano, necesarios para entender nuestra tradición jurídica al respecto y ponerla en relación con el sistema del *Common Law*.

Se intenta aclarar la diferencia entre oscuridad y ambigüedad, fuentes usuales de falacias en derecho, en relación con la lengua. Se analizan también las falacias de autoridad, de petición de principio, así como la de desconocimiento de la cuestión que se discute (*ignoratio elenchi*), esta última en relación con el debate acerca de la tutela del concebido, para el que se reclama atención al derecho romano con el fin de entender adecuadamente la legislación actual en materia de surgimiento de la persona física. Se juzgan críticamente, a la luz de lo expuesto, opiniones doctrinales notables que han condicionado falazmente la doctrina y la práctica judicial moderna en España en relación con el concebido. Se examinan a continuación otras falacias frecuentes en derecho (*ad misericordiam*, *ad populum*, *metabasis eis alo genos...*).

PALABRAS CLAVE: Falacia. Interpretación jurídica. Oscuridad lingüística. Ambigüedad lingüística. *Ignoratio elenchi*. *Petitio principii*. *Mens legislatoris*. *Nasciturus*. *Stare decisis*. *Metabasis eis alo genos*. *Ad misericordiam*. *Ad populum*.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto y tipos en derecho. 3. El papel del derecho romano. 4. De los criterios de interpretación jurídica. 5. De lo dudoso, oscuro y ambiguo. 6. El derecho y la lengua. 7. La interpretación auténtica y la *mens legislatoris* (*ignoratio elenchi*). 8. Los precedentes: *stare decisis* (*petitio principii* de autoridad). 9. La *ignoratio elenchi* y el concebido. 10. Otras falacias usuales en derecho. 11. Epílogo.

¹ La presente contribución se presentó en el primer simposio de argumentación «Falacias, una mirada interdisciplinar» organizado por Instituto CEU de Humanidades Ángel Ayala el 15 de junio de 2017 en la Universidad CEU San Pablo. Posteriormente, se publicó en CEU Ediciones en la obra colectiva «Falacias. Perspectivas interdisciplinarias» (Manuel Oriol Salgado (Ed.), J. Manuel Blanch Nougues, Manuel Alfonseca, María Solano Altaba y José Francisco Serrano Oceja, Madrid, 2019) con el título «Las falacias en el derecho: algunas observaciones acerca de su origen y frecuencia».

ANALYSIS OF SOME FALLACIES IN LAW AND ITS RELATION TO ROMAN LAW

ABSTRACT: The meaning of fallacy is initially discussed, and, with the help of Roman law, it is intended to relate the frequency of fallacies in law with the essential legal task of interpreting texts. The interpretative criteria of Roman jurists must be considered essential to understand those used in modern times. In this regard, emblematic cases of Roman law are analyzed because they are judged necessary to understand our legal tradition in this respect and to put it in relation with the Common Law system.

It is intended to clarify the difference between darkness and ambiguity, usual sources of fallacies in law, in relation to language. The fallacies of authority, question-begging, as well as *ignoratio elenchi* are also analyzed; the latter in relation to the debate about the protection of the unborn baby, with the help of Roman law, in order to properly understand the current legislation on individuals. It is critically judged, considering the questions dealt with above, the doctrine that has fallaciously conditioned the modern legal literature and judicial practice in Spain in relation to the unborn babies. Besides, other frequent fallacies in law are examined (*ad misericordiam, ad populum, metabasis eis alo genos...*).

KEYWORDS: Fallacy. Legal interpretation. Unclear formulations in a text. Ambiguity. *Ignoratio elenchi. Petitio principii. Mens legislatoris. Nasciturus. Stare decisis. Metabasis eis alo genos. Ad misericordiam. Ad populum.*

I. INTRODUCCIÓN

Resulta llamativo el auge de los estudios dedicados a las falacias en las últimas décadas, tanto que empiezan a constituir piezas separadas dentro de los relativos a la lógica². Quizás sea una respuesta a lo que constituye un signo de los tiempos presentes caracterizados, entre otras cosas, por un acceso al saber incomparablemente más fácil que en épocas pretéritas, pero orientado hacia una aprehensión grosera de datos, cuantos más mejor. Se dispone hoy, en efecto, de una gran cantidad de conocimientos obtenidos de manera de fácil, pero su acopio no viene acompañado de una tarea educativa previa que instruya al sujeto en la labor de filtrado de datos y reflexión serena. Se podría decir incluso que vivimos en una época que podría denominarse, desde el punto de vista cultural, como “vulgar”. Parece además como si la buena lógica que debería estar presente en las declaraciones de los agentes responsables desde cualquier ámbito profesional (político, periodístico, o, como es el caso que nos proponemos tratar, jurídico...) no solo no gobernara la formación de juicios sobre cosas o hechos, sino que, consciente o inconscientemente, sufriera constante manipulación con fines no edificantes. De ahí la utilidad de su denuncia. Nos atreveríamos a decir que

² Así los tratados clásicos de: BENTHAM, J. (1824), *The book of fallacies: from unfinished papers*. London, John and H. L. Hunt.; SCHOPENHAUER, A. (2011), *El arte de tener razón expuesta en 38 estratagemas*. Madrid, EDAF; HAMBLIN, C. L. (1970), *Fallacies*. London: Methuen & Co Ltd., entre otros. Una exposición exhaustiva reciente en BORDES SOLANAS, M. (2011), *Las trampas de Circe. Falacias lógicas y argumentación informal*, Madrid, Cátedra (en adelante BORDES SOLANAS, 2011).

prácticamente nadie está a salvo de incurrir en algún momento en la trampa de la lógica defectuosa, bien prestando atención a argumentos falaces o bien suministrándolos uno mismo.

II. CONCEPTO Y TIPOS EN DERECHO

Pero ¿qué son las falacias? La respuesta no es fácil. Algunos autores, haciendo uso de conceptos aristotélicos, distinguen entre los llamados paralogismos, juicios con conclusión defectuosamente obtenida, pero de modo inconsciente, de los sofismas, llevados a cabo de manera intencional³. De entre los “Tratados de Lógica” de Aristóteles (el célebre “Órganon”) se ocupa de ellos el denominado “Refutaciones Sofísticas”. Dice el Estagirita al comienzo de esta obra que las refutaciones parecen verdaderas, pero no lo son realmente. En realidad, se trata de paralogismos. Más adelante (en 4) afirma que una refutación es un silogismo con contradicción de la conclusión. Sirva esto como primera toma de contacto.

Su aparición en todos los campos del saber es tal que, precisamente por eso, es sentida la necesidad de abordar su análisis también con un enfoque interdisciplinar como el que se pretende en esta obra. Recientemente Bordes Solanas, mediante su distinción entre falacias “dependientes de tema” y falacias “independientes de tema”⁴, se refiere, respecto de las primeras, a la necesidad de que cada disciplina las analice para indagar acerca de aquellas que son más usuales en cada ámbito. Respecto de las de derecho, alude en ese sentido a ciertos estudios que, a su juicio, no agotan, sin embargo, el asunto.

Quizás con la superficialidad, a la que hemos aludido antes, con que casi todo es tratado, se incurre comúnmente en un uso abusivo, extraordinariamente amplio, del término “falacia”, de sonoridad culta, pero a la vez familiar al oído, que se refiere a todo lo que se considera falso o erróneo y que se lanza como hiriente reproche contra el adversario. Desde luego, no es falacia una declaración inexacta o errónea que incurre en lo que se denomina en derecho “error de hecho”, esto es, una incorrecta apreciación de un hecho o dato fáctico de la realidad, como cuando, según el ejemplo clásico del jurista romano Ulpiano, uno cree estar comprando vino, pero en realidad es vinagre⁵. El término

³ SCHNEIDER, E. & SCHNAPP, F. E. (2006), *Logik für Juristen*, 6. neu bearbeitete und erweiterte Auflage ed., München, Franz Vahlen, p. 197 (en adelante SCHNEIDER & SCHNAPP, 2006).

⁴ BORDES SOLANAS, 2011, pp. 144-145.

⁵ Se trata de un texto célebre de la compilación justiniana, más exactamente del Digesto de Justiniano: Ulp. 28 Sab. D. 18.1.9.pr.-2: «Es manifiesto que en las compras y en las ventas debe interceder el consentimiento. Por lo demás, si se disiente en la compra misma, ya en el precio ya en otra cosa, la compra es nula... (1) Claro que, si disintimos en el nombre pero no en el objeto,

latino *falsus* significa, muy en especial en el ámbito jurídico, “creído erróneamente existente” (así, *falso* es un motivo que se considera, por error, real y que conduce a realizar un acto de disposición que de otro modo no se haría). Falso, por otro lado, es lo contrario de verdadero en pura lógica. Pero, en materia de falacias, se refiere a que estas no constituyen verdaderos juicios lógicos, esto es, concatenaciones de premisas bien estructuradas que conducen a una conclusión correcta, sino al contrario. La autora anteriormente citada define falacia como «un argumento no razonable o racionalmente no convincente, es decir, que, aunque puede ser válido, contiene un error inferencial por violar uno o más criterios de buena argumentación»⁶. No debe confundirse, por otro lado, falso con incierto –y mucho menos en derecho–, que es lo contrario de cierto, y no de verdadero; esto último es algo de lo que se duda si existe o no. Por eso, cuando oímos a algún personaje de la escena política o popular famoso decir que determinadas acusaciones contra su persona son “inciertas”, lo que realmente está diciendo, pero lo ignora, es que puede que sean verdad.

Como se ve, la precisión en el uso de la lengua, aunque no suficiente, constituye un paso previo e imprescindible para razonar bien. En el ámbito jurídico, la utilización pulcra de la lengua, así como el uso correcto de los términos jurídicos es crucial, tanto como para los expertos de otras ramas profesionales pueden serlo los medios técnicos que utilizan: los conceptos jurídicos son –dicho quizás un tanto pedantemente– el “elixir del jurista”. Muy expresiva es la cita que Schneider y Schnapp, que recogían la anterior afirmación, hacen de Fischl al comienzo del su estudio de las falacias en derecho: «Muchos problemas desaparecerían si los hombres se expresaran gramaticalmente de forma correcta, y aún más si lo hicieran de manera lógica. Nuestros errores lingüísticos y de razonamiento se convierten en nuestros problemas»⁷.

En la calle se oyen usualmente pseudo argumentos jurídicos del siguiente tipo en torno a situaciones cotidianas: «Es mío este billete porque lo he encontrado». «Es mío porque lo he pagado». «Es violento aquel que usa de la violencia, aunque sea para hacer frente a una agresión». «Si la novia –o el novio– no quiere casarse, que indemnice al novio –o a la novia». «En mi piso hago lo que quiero porque es mío». O en un caso

no hay duda de que vale la compraventa, pues no importa el error en el nombre cuando hay certeza acerca del objeto. (2) De ahí que se pregunte si hay error en la compraventa cuando no se yerra en el objeto mismo sino en la substancia; por ejemplo, si se vendiese vinagre en lugar de vino, bronce por oro, o plomo por plata u otro objeto que parezca de plata. Marcelo 6 *dig.* escribió que hay compraventa porque se consintió en el objeto, aunque se haya errado en la materia. Estoy de acuerdo en el caso del vino pues la “ousía” (substancia) es la misma si el vino se agrió; si el vino no se agrió, sino que fue vinagre desde un principio, a modo de un aderezo parece que se ha vendido una cosa por otra; en los demás casos toda vez que hay error en la materia creo que no hay venta...».

⁶ BORDES SOLANAS, 2011, p. 137.

⁷ SCHNEIDER & SCHNAPP, 2006, p. 197.

algo más complejo: «Mi marido falleció en un accidente de trabajo y yo estaba embarazada en ese momento, pero la empresa argumenta que soy viuda sin hijos para pagarme una menor indemnización».

Se trata, en todos los casos anteriores, de razonamientos erróneos basados en el desconocimiento del derecho. Si echamos un vistazo a las obras especializadas en argumentación y retórica jurídica, encontraremos invariablemente algunos tipos de falacias que en el mundo jurídico son recurrentes. Así, de entre ellas, dedicaremos una especial atención a aquellas que se basan en el uso equívoco de términos o de estructuras lingüísticas anfibológicas. A ellas se unen otras, entre muchas, a menudo designadas con extraños nombres latinos o griegos: *ignoratio elenchi*, *quaternio terminorum*, *metabasis eis allo genos*, *nimum vel parum probare*, *saltus in concludendo*, *petitio principii*, círculo vicioso, *hysteron proteron*, *proton pseudos*, *post hoc ergo propter hoc* (falacia de *non causa ut causa*), falacia *consequentis*, etc.⁸

III. EL PAPEL DEL DERECHO ROMANO

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en el mundo existen diversos sistemas jurídicos que coexisten. De ellos, los dos más importantes son los que convencionalmente se denominan “sistema de derecho civil” o “romano–germánico” y “sistema del *Common Law*”. Aunque se ha insistido durante siglos en las profundas diferencias entre estos dos últimos, son muchas también las similitudes, más de las que parece. A menudo se suele citar como factor de esencial diferenciación entre ellos que, mientras que el sistema de derecho civil es deductivo y legalista, el del *Common Law* es casuístico y judicialista.

Como hemos tenido oportunidad de defender en varias ocasiones⁹, la observación es algo grosera. Se pasa por alto que, durante muchos siglos desde el derecho romano, nuestro sistema ha sido casuístico y jurisprudencial, y que el enorme acervo lingüístico y conceptual, así como de reglas y principios jurídicos que constituye el patrimonio del llamado derecho común europeo, ha sido formado a partir de casos y ha emanado de la mente de juristas, esto es, expertos en derecho a través de la discusión doctrinal. La esencia de nuestro sistema jurídico es la controversia y el derecho resultante, por tanto,

⁸ SCHNEIDER & SCHNAPP, 2006; GARCÍA RESTREPO, L. E. (2011), *Elementos de lógica para el derecho*. Bogotá, Temis; CALONJE, C. (2009), *Técnica de la argumentación jurídica*. Segunda ed. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters; PLATAS PACHECO, M. D. C. (2013), *Filosofía del Derecho. Lógica jurídica*. México, Porrúa; PIZARRO, F. (1986), *Aprender a razonar*. Madrid, Alhambra. V. más adelante su traducción y ejemplos.

⁹ Por todas v. BLANCH, J. M. (2017), *Locuciones latinas y razonamiento jurídico. Una revisión a la luz del derecho romano y del derecho actual*. Madrid, Dykinson. En adelante, (BLANCH, 2017). V. asimismo FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2017), *Derecho Público Romano*. 20 ed., Navarra, Civitas, a propósito del razonamiento jurídico en sus páginas iniciales.

es controvertido (*ius controversum*), esto es, sujeto a permanente discusión entre los expertos que se ocupan de él. Una nota más que lo distingue es la del profundo sentido del procedimiento como cauce de resolución pacífica de conflictos («cedan las armas a la toga», como proclamaba Cicerón¹⁰). Esto lo que hace que, en nuestro derecho y también en el de una buena parte de los pueblos y naciones actualmente existentes en todo el mundo, utilicemos herramientas comunes de la lengua y del pensamiento jurídico.

Si partimos de la premisa anterior, por fuerza coincidiremos en que para hablar de razonamiento jurídico hay que tomar en cuenta al derecho romano, previo al derecho medieval continental y al propio *Common Law*, constitutivo del primero y de su futura producción hasta nuestros días, pero con influjo también en el segundo a través del derecho intermedio continental. En Roma brilla particularmente el derecho, pero también la retórica siguiendo los pasos de la griega, aunque no servilmente¹¹. Sendos ámbitos aparecen en Roma en una relación no del todo bien avenida entre sí¹². Tampoco es coincidente la figura del jurista y la del abogado u orador. Utilizando una contraposición un tanto drástica se podría decir que los juristas se ocupaban de las cuestiones de derecho y los abogados de las cuestiones de hecho. Esto es lo que significa la célebre frase de Cicerón¹³ puesta en boca de su amigo Aquilio Galo: *¡Nihil de hoc ad ius, ad Ciceronem!* (esto no compete al derecho, sino a Cicerón): el jurista rehúsa adentrarse en cuestiones de hecho que pertenecen al ámbito de la prueba y por tanto de la actividad de los abogados, representados aquí por el célebre orador de Arpino. La defensa del cliente, además, puede llegar a interpretarse como finalidad perseguible a ultranza en el ámbito forense, dejando a un lado los esenciales y mínimos deberes deontológicos de todo profesional del derecho, y puede entonces anteponerse a la tarea de búsqueda de la solución más justa del caso, que es de la que se ocupan con orgullo los juristas en Roma.

Véase este ilustrativo pasaje de una conocida obra de Cicerón en la que aparece un personaje –Servio Galba– recriminando a otro –Publio Craso– lo que podríamos denominar irónicamente “falta de flexibilidad” en la respuesta que debe dar un abogado a

¹⁰ Cic. *Pis.* 72-73; *off.* 1.77.

¹¹ Una vuelta a la retórica en el mundo actual supuso la fundamental obra PERELMAN, C. & OLBRECHTS TYTECA, L. (1989), *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Quinta ed., Bruselas, Éditions de l'Université de Bruxelles. Pero v. análisis crítico en ALEXY, R. (2007) *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. En derecho ha tenido mucho eco, no sin críticas, VIEHWEG, T. (1963), *Topik und Jurisprudenz*, München, C. H. Beck.

¹² V. KASER, M. (1964), *En torno al método de los juristas romanos*, Valladolid, Universidad de Valladolid.

¹³ Cic. *Top.* 12.51.

su cliente. El episodio es relatado con absoluta vivacidad, como si lo viéramos suceder ante nuestros ojos (Cic., *De oratore* 1.56.239–240):

«Pregunto ahora: ¿de qué le sirve al orador en estas causas la ciencia del derecho, cuando el más hábil jurisconsulto no podría defenderlas con armas propias, sino ajenas, no con la ciencia del derecho, sino con la elocuencia? Muchas veces he oído decir que cuando Publio Craso pretendía la edilidad, y Servio Galba, consular también (aunque de más edad que él), le acompañaba en el foro (porque la hija de Craso estaba prometida a Cayo, su hijo), se acercó a consultar a Craso un hombre rústico, y habiendo recibido de él una contestación más verdadera que acomodada a su negocio (*responsumque ab eo verum magis quam ad suam rem accommodatum*), se apartó de él muy triste. Vióle Galba, le llamó por su nombre, y le preguntó qué consulta había hecho a Craso. Oída la relación, y visto el pesar del pobre hombre, dijo Galba: «Sin duda que Craso estaba distraído y preocupado cuando te respondió.» Y volviéndose después a Craso, y tomándole por la mano añadió: «¡Eh! ¿cómo se te ha ocurrido dar esa respuesta? Craso, con la confianza que su saber le daba, quiso sostener su opinión, que era sin duda la mejor y más legal. Pero Galba, con muchas alusiones y similitudes, invocaba la equidad contra la ley escrita (*pro aequitate contra ius*); y Craso, que era muy inferior a él en elocuencia, aunque no hablaba mal, se refugió en sus autores y citó, en apoyo de su opinión, los libros de su hermano Publio Mucio y los comentarios de Sexto Elio; pero al fin tuvo que conceder que la opinión de Galba era mucho más aprobable (*probabilis*) que la suya y casi la única verdadera»¹⁴.

Otro caso, este famoso, fue el conocido con el nombre de “Causa Curiana” y casi estamos tentados a decir que vemos en él enfrentada la retórica, encarnada por el célebre orador Licinio Craso, y el derecho, representado por la imponente figura del jurista Quinto Mucio Escévola. Así lo relata Cicerón:

El testador Marco Coponio, creyendo que su mujer estaba encinta, instituyó heredero al hijo que debía nacer, si nacía antes de transcurridos diez meses después de su muerte. Para el caso de que el heredero muriese antes de alcanzar la pubertad, el testador dispone su sustitución con Manlio Curio. Muere el testador y el hijo que se esperaba no nace. Manlio Curio pretende la herencia y a él se

¹⁴ Traducción de Marcelino Menéndez Pelayo en CICERÓN, M. T. (1927) *Obras completas de Marco Tulio Cicerón*, Tomo II, Madrid, Librería y Casa Editorial Hernando, pp. 63-64.

oponen los parientes agnados de Coponio que tenían derecho a la sucesión *ab intestato*. (Cic. *De oratore*. 1.39.57; *Brutus* 39.52; *Topica* 10.44; *Pro Caecina* 18).

Analicémoslo. La figura de la sustitución hereditaria denominada “vulgar” consiste en que, si el instituido heredero no llegara a heredar, lo haría el sustituto. A diferencia de ella, la llamada sustitución “pupilar” opera de modo que si el hijo o hija nacidos no llegan a la edad de pubertad (14 años ellos, 12 años ellas) una vez nacidos, hereda el sustituto. La peculiaridad de este caso reside en que el testador dispuso una sustitución pupilar pensando en que su hijo nacería, lo que no aconteció finalmente. El rétor defendía que en todo caso la voluntad del testador se debería entender manifestada a favor del sustituto. Sin embargo, en puridad, la condición sobre la que se montaba la sustitución pupilar, esto es, que el hijo hubiese nacido y hubiere fallecido antes de los catorce años, no se cumplía. Esto es lo que defendía Quinto Mucio Escévola. De un modo esquemático, un tanto rígido, se podría describir el conflicto como el resultado de una contraposición entre, por un lado, la voluntad del testador y, por otro, la literalidad de la disposición testamentaria: *voluntas contra verba*. Venció aquí el rétor ante el tribunal de centunviro.

IV. DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Por supuesto, el caso posee muchos más matices que la doctrina ha puesto de relevancia¹⁵. Sin embargo, se suele señalar esta causa de finales de la República como uno de los testimonios de la progresiva mayor relevancia de la voluntad en los negocios jurídicos. Recordemos la importancia que adquiere en derecho la forma. Ha sido así siempre y lo sigue siendo hoy. Sin embargo, es verdad que, en la etapa más antigua del propio derecho romano, el empleo de palabras solemnes era preceptivo so pena de no lograr el fin negocial propuesto. De ahí, la continua tensión hasta nuestros días, a propósito de la averiguación del sentido de un texto (normativo o contractual), entre una interpretación aferrada a la literalidad de las palabras en él utilizadas y la que hace prevalecer la intención, sentido o finalidad que puede recabarse de su atento análisis. Semejante conflicto no es ajeno al pensamiento de los juristas, ni al de los retóricos.

Así, Quintiliano en su conocida obra de retórica *Institutio oratoria* se refiere a las cuestiones jurídicas como subsumibles en alguna de estas categorías (12.2.19 *in fine*): «¿Acaso no gira toda cuestión de derecho o acerca de la propiedad de los términos o en torno a la discusión relativa a lo justo o sobre una conjetura en cuanto a la intención...?»

¹⁵ La bibliografía citable es muy numerosa. V., por ejemplo, en ZIMMERMANN, R. T. (1996), *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford - New York, Clarendon Press, pp. 628-630.

(*non quaestio iuris omnis aut verborum proprietate aut aequi disputatione aut voluntatis coniectura continetur,...?*)»¹⁶.

Por su parte, los juristas se afanan por formular reglas de interpretación, muchas de las cuales por cierto han pasado a los códigos civiles modernos, a modo de guía de esta compleja tarea. Así, Celso D. 1. 3. 17: «Conocer las leyes no consiste en retener sus palabras sino su espíritu y vigor». Aquí, por ejemplo, se insiste en la preferencia por el espíritu o la finalidad de una norma frente a la literalidad de sus palabras. Este último criterio es el denominado gramatical, cuya importancia no debe minusvalorarse, pero no hasta el punto de extraer un resultado interpretativo carente de sentido. La regla del jurista Celso podría calificarse, por cierto, como de segundo grado¹⁷ porque compara el criterio de la literalidad con el teleológico o finalista, y se decanta por este último. Debemos recordar, por otra parte, que también esta regla puede significar el valor del derecho vigente con la expresión «*vis ac potestas*».

Por su parte, otra regla también del mismo jurista da origen al llamado criterio sistemático, la enunciada en Celso D. 1. 3. 24: «No es correcto juzgar u opinar acerca de una parte determinada de una ley, si no se contempla la ley entera». Resulta curioso cómo los juristas manejan reglas que aplican ora a las leyes, ora a los contratos. La conciencia de la esencial uniformidad de la tarea interpretativa, actividad básica en derecho, con independencia de la fuente y naturaleza de las disposiciones objeto de interpretación, constituye una lección imperecedera para el jurista o intérprete del derecho actual¹⁸.

En el derecho de los contratos, se habla de una interpretación subjetiva frente a una objetiva, entendiéndose por la primera la que se dirige a poner de relevancia la intención de los contratantes, que se pretende indagar por todos los medios, no solo a través de las palabras expresadas en un contrato oral o escrito, sino de los comportamientos anteriores, coetáneos o incluso posteriores a la celebración de un contrato. La objetiva, por su parte, se orienta a extraer del texto contractual, y exclusivamente de él, su sentido genuino. La primera es seguida preferentemente por el sistema del derecho civil y la segunda por el sistema del *Common Law*¹⁹.

¹⁶ V. *Verba – voluntas* en BLANCH, 2017.

¹⁷ En el sentido que la utiliza ATIENZA, M. (2009), *El sentido del derecho*. Quinta impresión (primera ed. 2001) ed., Barcelona, Ariel Derecho, pp. 268-272.

¹⁸ DÍEZ PICAZO, L. (1979), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, p. 10.

¹⁹ Quizás, sin embargo, como dice Horak –HORAK, F. (1969) *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*. Aalen, Scientia Verlag, pp. 194-195–, a propósito del texto de Celso en torno a la interpretación de la palabra ajuar que veremos más abajo, no haya tal distancia entre la interpretación que él llama típica (es decir, objetiva) y la que él denomina individual (es decir, subjetiva) aduciendo al respecto el comentario de autoridad del conocido romanista Franz Wieacker.

El texto clave de la tradición romano–germánica o sistema de derecho civil en el ámbito negocial relativo a la interpretación subjetiva (*voluntas spectanda*, debe atenderse a la voluntad) pertenece al jurista Papiniano: D. 50. 16. 219:

«En las convenciones entre contratantes se sigue la opinión de que hay que atender más a la voluntad que a las palabras. (...)».

Pero los juristas romanos nos han dejado reglas que van más allá de la intención de los contratantes para reconstruir el sentido del negocio de acuerdo con su naturaleza o su finalidad en virtud del principio de *favor negotii* o favorecimiento de la validez de un negocio, que no debe ponerse en entredicho por el uso de términos equívocos o de construcciones lingüísticas que adolecen de anfibología. Así, de nuevo, pero a propósito de la interpretación normativa:

Celso D. 1.3.19: «Con respecto a un término ambiguo de la ley ha de aceptarse con preferencia la significación que carezca de defecto, sobre todo cuando también se pueda deducir esto de la voluntad de la ley».

Paulo D. 32.25.1: «Cuando no hay ambigüedad en las palabras, no debe admitirse la indagación de la voluntad».

Juliano D. 50.17.67: «Cuando una misma declaración expresa dos significaciones, ha de preferirse aquella que sea más adecuada al negocio que se realice».

Paulo D. 50.17.114: «En caso de duda ha de contemplarse lo que es más verosímil o lo que suele realizarse generalmente».

Paulo D. 34. 5. 3: «En una declaración ambigua no decimos dos cosas, sino tan solo lo que queremos. Así pues, quien dice una cosa diferente de la que quiere, ni dice lo que el término significa ya que no lo quiere, ni lo que quiere ya que no lo dice».

Paulo D. 32.25.1: «Cuando no hay ambigüedad en las palabras, no debe admitirse la indagación de la voluntad».

Ulpiano D. 45.1.80: «Siempre que las estipulaciones haya una declaración ambigua, ha de aceptarse como mejor lo que proteja el asunto de que se trate».

Estos textos fueron utilizados por Pothier en su famoso Tratado de las Obligaciones, base fundamental del Código Napoleón de 1804 que, a su vez, ha tenido un enorme influjo legislativo tanto en Europa como fuera de ella. Por ejemplo, –propone el autor

francés²⁰– si después de arrendar por un determinado precio la habitación de la casa a un sujeto, se indica en la prórroga de ese contrato que se arrienda la “casa” por el mismo precio entre las de las personas, puede resultar difícil de entender a que se han referido con el término “casa” las partes contractuales. Puede significar la casa entera o la habitación que se había alquilado anteriormente. Esta última versión es la más correcta y a ella se adapta perfectamente el criterio manejado por Juliano en el primer texto. Pueden cotejarse en este sentido también los artículos de los códigos civiles inmersos en esta tradición jurídica.

Hablábamos hace un momento de la importancia del buen uso de la lengua. Inmersos en una cultura de imágenes, perdemos progresivamente contacto con el mundo de las palabras, lo que resulta nefasto y devastador en el ámbito jurídico. Cada vez menos estudiantes acuden a las aulas universitarias con una adecuada preparación lingüística en su propio idioma. Esto afecta, irremisiblemente, a su posterior desarrollo profesional y puede percibirse también en la práctica jurídica en la actualidad.

V. DE LO DUDOSO, OSCURO Y AMBIGUO

Todo lo expuesto hasta ahora nos conduce a pensar que, entre las falacias que afectan al mundo del derecho, las relativas a las palabras forman un grupo particularmente relevante de ellas. Se las denomina incluso “sofismas de palabras”²¹. Es común hablar de términos equívocos, expresiones ambiguas, de oscuridad de la lengua etc. en estos casos. No es casualidad que Juliano, uno de los más relevantes juristas romanos, dedicara incluso una obra suya a este tipo de cuestiones que tituló *De ambiguitatibus* (Acerca de las ambigüedades), algunos de cuyos textos fueron recogidos por los compiladores en el Digesto de Justiniano bajo el expresivo título *De rebus dubiis* (Acerca de las cosas dudosas)²². No se debe olvidar tampoco que los juristas romanos habían recibido formación retórica en su adolescencia y juventud, por lo que las distinciones propias de esta disciplina no les eran ajenas. Cosa diferente es el influjo real de las doctrinas filosóficas en las decisiones jurisprudenciales, que parecen no tener una importancia crucial.

Casi como un caso traslaticio es el reflejado por los retóricos romanos a propósito del derecho de sucesiones (en Quintiliano, en Cicerón o en la *Rethorica ad Herennium*). En esta última obra citada (en 1.12), por ejemplo, se formula el supuesto como el de un

²⁰ POTHIER, R. J. (1764) *Traité des Obligations selon les regles tant du for de la conscience que du for extèrieure*, Paris, Debure l'aîné, p. 112.

²¹ PLATAS PACHECO, M. D. C. (2013), *Filosofía del Derecho. Lógica jurídica*, México, Porrúa, pp. 110-111.

²² D. 34.5.13 (14).

legado de un marido en favor de su mujer, a cargo del heredero, de una cierta cantidad de “plata”, añadiendo sin más a continuación que sea “la que quiera”. La duda estriba aquí en saber quién es el que elige la plata, la mujer o el heredero.

Aristóteles, aludiendo a las refutaciones sofisticas que recaen sobre la palabra, y concretamente a sus causas, especifica las siguientes: homonimia, anfibología, combinación, división, prosodia y la propia forma de la palabra (en 4.2). Andando el tiempo, el célebre glosador Acursio, se hizo eco de esta distinción a propósito de su comentario a un fragmento del Digesto de Justiniano (D. 45.1.80²³) en relación con las estipulaciones ambiguas, e introdujo de este modo la doctrina aristotélica en la práctica forense del derecho común europeo.

A propósito del principio romano *in dubio pro o contra fiscum*, tuvimos ocasión en un anterior estudio²⁴ de reparar en la interesante opinión de un conocido jurista del siglo XVIII, Johann Heinrich Berger, que ensaya, a este respecto, sugestivas distinciones conceptuales²⁵. «Dudoso –dice él (en 6)– no es porque se ignore algo sino porque resulta imposible averiguar la verdad de algo por la presencia de ideas que se contradicen entre sí». Pero de lo dudoso ha de distinguirse lo ambiguo, a su juicio. Citando a Boecio, y apoyándose en la autoridad del gramático Sexto Pompeyo Festo a propósito de la voz *ambiguum* («lo que puede valer para ambas partes»), afirma que, mientras que todo lo ambiguo es dudoso, no todo lo que es dudoso es ambiguo. Lo dudoso, pues, comprende más especies.

Ejemplos retóricos clásicos de ambigüedad son los de las construcciones en latín de oraciones en estilo indirecto con dos acusativos y el verbo en infinitivo. En efecto, la frase *audio Graecos vicisse Troianos* puede traducirse así: «tengo noticia de que los griegos han vencido a los troyanos»; pero también así: «tengo noticia de que los troyanos han vencido a los griegos». Este ejemplo sirve para explicar lo que modernamente llamamos anfibología, esto es, una ambigüedad que afecta la entera construcción sintáctica de una frase.

²³ Del libro 74 *ad edictum* de Ulpiano: *Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit* (Cuandoquiera sea ambiguo el texto en las estipulaciones, lo más conveniente es tomar en consideración aquello que hace posible que se respete el asunto de que se trata).

²⁴ BLANCH, J. M. (2016), «Observaciones en torno a la formación histórica de la regla '*in dubio contra fiscum (pro fisco)*' y a la recta interpretación de Mod. I. sing. de praescript. d. 49.14.10 (RI §417701)». *Revista General de Derecho Romano Iustel*, pp. 1-32.

²⁵ BERGER, I. H. (1705), *Enarratio legis X Pand. De iure fisci et legis II. Cod. Qui et adversus quos in integrum restitui non possint*, Lipsiae, Haered. Friderici Lanckisii.

Por otro lado, «de lo ambiguo –continúa el autor– hay que distinguir lo oscuro»²⁶. Oigámosle de nuevo:

«Oscuro es aquello que no admite fácilmente interpretación alguna o lo que carece de evidente sentido. Sin embargo, lo ambiguo es susceptible de dos o más sentidos; dicho de otro modo, posee uno solo claro y evidente pero múltiple, de manera que no resulta manifiesto cuál deba escogerse. Así, habla con oscuridad aquel de quien se duda en qué ha pensado, y con ambigüedad aquel de quien se duda cuál de las posibilidades ha pensado».

Aparte del caso famoso en retórica anteriormente citado, cita Berger a Aulo Gelio 11.12 en que se expone una disensión filosófica entre Crisipo y Diodoro. Para el primero, todos los vocablos tienen un significado ambiguo e incierto; al revés para el segundo. La argumentación de este último se parece mucho a la que ofrece el jurista Paulo, y se inserta en la polémica entre juristas recogida en un famoso texto que veremos a continuación. Dice Diodoro que

«si yo pienso una cosa y tú entiendes otra, se puede decir que me he expresado de modo oscuro, más que ambiguo, ya que ambiguo se refiere a la naturaleza de un término cuando el que habla expresa dos o más significados; sin embargo, ninguno expresa dos o más significados cuando piensa uno solo».

Finalmente, afirma Berger que debe distinguirse lo ambiguo de aquello que se escribe de modo incorrecto o no idóneo, y cita el texto de D. 34.5.24²⁷ donde, en efecto, aparece diferenciado lo escrito con ambigüedad de lo incorrectamente escrito.

Berger admite, en suma, que todas esas posibilidades pueden subsumirse de una manera laxa dentro del término “dudoso”. En este sentido amplio, algunas declaraciones dudosas pueden resolverse y otras no. Estas últimas se tienen como no escritas. Respecto de las primeras, es el arbitrio judicial el que las resuelve, pero atendiendo a ciertos criterios; así, por ejemplo, que en las manifestaciones ambiguas debe atenderse ante todo a la voluntad del declarante (es decir, la regla de Papiniano antes citada). O que en caso de duda se ha de seguir la interpretación que sea más verosímil (es decir, la

²⁶ Citando D. 2.14.39 en que aparece, sin embargo, la expresión «pacción oscura o ambigua» (en aparente sinonimia aquí la oscuridad y la ambigüedad), pero como formando parte de una regla, aplicable a ventas y arrendamientos, conocida modernamente como interpretación *contra proferentem* (contra el declarante).

²⁷ Extraído del libro 11 de los Digestos del jurista Marcelo: *Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est* (Cuando en un testamento se ha escrito algo de manera ambigua o incluso incorrecta, se debe sostener que se interprete con benignidad y conforme a lo que verosímelmente se tuvo en mente).

regla de Paulo citada más arriba). O que en caso de oscuridad se ha de obtener el mínimo efecto. Así, se ha de favorecer en un negocio que, en caso de oscuridad, la parte que ha entregado una cosa pueda reclamar su devolución, antes que el efecto lucrativo en la otra parte. O en caso de duda se ha de seguir la interpretación más benigna. O que en caso de ambigüedad deba seguirse la interpretación más adecuada al negocio. O en caso de duda se debe pronunciar el juez en favor del reo...

VI. EL DERECHO Y LA LENGUA

Texto crucial en nuestra tradición jurídica, y nos atrevemos a decir que básico en la civilización occidental en lo que respecta a derecho, es el siguiente del jurista Celso en el que se plantea la cuestión de la lengua como instrumento de comunicación y a la vez como medio de expresión de la voluntad a propósito de la utilización abusiva del término “ajuar” por parte del sujeto disponente en el caso:

Celso D. 33. 10. 7. 2: «Afirma Servio que debe atenderse al juicio del que ha hecho un legado tal y como él ha acostumbrado a denominar las cosas; pero considera que no deben considerarse comprendidas como legadas en concepto de ajuar o utensilios domésticos aquellas cosas de las que no se duda que pertenecen a otro género, como, por ejemplo, los alimentos, la plata o los mantos de viaje y las tocas, que alguien ha acostumbrado entenderlas como de ajuar; porque los nombres de las cosas no deben entenderse según las opiniones de cada uno, sino según su uso común (*non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere*). Tuberón afirma que esto no lo ve así de claro, pues ¿para qué sirven los nombres –afirma– sino para manifestar la voluntad del declarante? Ciertamente no creo que nadie diga lo que no piensa cuando utiliza un término con el sentido en el que suele designar algo, pues utilizamos un vocablo como instrumento (*nam vocis ministerio utimur*). Además, no ha de creerse que nadie diga lo que no tiene en su mente (*nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit*). Pero, aunque me persuade en gran manera la razón y la autoridad de Tuberón, no estoy sin embargo en desacuerdo con Servio cuando dice que no parece que nadie haya hecho una declaración si se ha servido de un término inapropiado (*non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit*). Y es que, aunque es anterior y más poderosa la mente del declarante que la voz (*etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis*), nadie se considera que declara sin voz (*nemo sine voce dixisse existimatur*), a no ser aquellos que no pueden hablar y consideramos que hablan por su propio esfuerzo junto con una especie de sonido y voz no articulada.

Se trata de un texto de tanta relevancia que no es infrecuente verlo tratado en manuales y obras de referencia del derecho romano de modo expreso²⁸. No es extraño. Se encuentra en él, hecho infrecuente, una confluencia de ideas filosóficas a propósito de la lengua en relación con el derecho. La idea del uso común puede tener relación con la doctrina estoica. Celso, que recoge diversas opiniones, se resiste a la tentación del argumento de autoridad (que no llega a ser ni siquiera una falacia débil) en favor del jurista Tuberón. La idea del vocablo como instrumento, es decir, dotado de mera función subsidiaria con respecto al pensamiento, es seductora, pero el uso objetivo de la lengua pesa más en su razonamiento como jurista, habida cuenta de la función de seguridad jurídica que debe prestar el derecho al tráfico jurídico. Es verdad, no obstante, que en el ámbito de los negocios *mortis causa* se atiende preferentemente a la voluntad del causante, pero ni así resulta convencido Celso de que la lengua pueda ser objeto de uso caprichoso por parte del que la emplea.

Parecía probado en el caso, por las anotaciones contables que debió de realizar en vida el disponente, que este usaba el vocablo ajuar de un modo muy laxo, tanto que incluía en él objetos que a ojos de todos no quedaban comprendidos en modo alguno. Así, los capotes de viaje, pero, sobre todo, los alimentos de una despensa. Ajuar, según la conocida definición de los propios juristas, era todo objeto mueble que servía al paterfamilias de modo regular para satisfacer una finalidad de tipo doméstico, es decir, todo objeto mueble de normal uso doméstico. El esclarecimiento del alcance del vocablo dependía también de un hecho que la propia jurisprudencia romana constató, a saber, el de los materiales utilizados para tales objetos que habían sufrido cambios desde una época remota caracterizada por su parquedad y sobriedad a una más próxima o contemporánea de los propios juristas de lujo y sobreabundancia. De ahí la duda a propósito de la plata en el propio texto que el disponente consideraba también ajuar.

Pero, como decimos, aparte de la utilización más o menos dirigida al caso de ideas soportadas por una determinada doctrina filosófica a propósito de la lengua y de su función comunicativa, a los juristas les interesaba ante todo el papel del derecho respecto de la solución jurídica del caso. No podían desconocer el hecho de que un legado es una disposición que debía sujetarse a determinadas formalidades y, en concreto, a la utilización de ciertas palabras. El formalismo en derecho nunca deja de estar presente, pues. De ahí que Celso exponga a final, a modo de ejemplo, el caso de

²⁸ V., por ejemplo, la cita y comentario del entero texto en el manual de BRETONNE, M. (1997), *Storia del diritto romano*, Quinta ed. Roma-Bari, Laterza, pp. 319-321, o su relevancia en materia de interpretación en otra obra de carácter general: SCHIAVONE, A. (2009), *Ius. La invención del derecho en Occidente*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, pp. 308 y 609 (con abundante bibliografía específica del fragmento). Un valioso estudio del fragmento en: MIQUEL, J., 1977. *AENIGMA, Lección inaugural del curso 1975-1976*. La Laguna (Santa Cruz de Tenerife): Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna.

alguien que no pueda expresarse a través de signos lingüísticos correctamente articulados: el derecho necesita de una correcta expresión para ser válido y eficaz.

Los códigos modernos, haciéndose eco de esta disputa doctrinal que recorre la historia del derecho occidental hasta nuestros días, suelen sancionar, en el ámbito de la interpretación normativa, la solución que atiende al sentido usual de las palabras. Respecto, sin embargo, de los actos *mortis causa* acogen la solución en cierto modo contraria²⁹.

VII. LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA Y LA *MENS LEGISLATORIS (IGNORATIO ELENCHI)*

Modernamente, se suele distinguir entre dos criterios de interpretación aparentemente similares, el referido al espíritu del derecho o finalista (*mens legis*) y el que alude a una supuesta voluntad o intención del legislador, criterio psicológico (*mens legislatoris*). El primero de ellos se ampara en los textos del derecho romano y se consagra en una herramienta fundamental del intérprete jurídico: la interpretación teleológica. El segundo, también conocido, no está exento, sin embargo, de críticas por causa de su indeterminación. Configurado por un modo imperativista³⁰ de concebir el derecho, y habida cuenta de la vaguedad de su pretendido centro de imputación o sujeto productor del derecho (ya se trate de una ley –el legislador–, de la costumbre –el pueblo–, de los principios generales del derecho –la doctrina–), resulta forzado, o incluso ridículo, obligar al intérprete a su búsqueda. Responde a una ingenua visión antropomórfica del derecho³¹, muy eficaz en el ámbito de la argumentación jurídica, pero en buena medida falaz en su planteamiento. Su uso indiscriminado puede, además, desviar la atención del caso hacia ella para que no se entre a valorar el verdadero asunto o para difuminar la intrínseca debilidad de los argumentos esgrimidos en torno a la cuestión clave.

²⁹ Cfr., en este sentido, el art. 3.1 del Código Civil español: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» con el art. 675 p.º 1º que recoge la célebre regla del jurista romano Marcelo que transcribimos más abajo: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento».

Marcell. *l. sing. resp. D. 32.69 pr.*: *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem* (no debemos apartarnos de la significación de las palabras solo si resulta manifiesto que fue otra la voluntad del testador).

³⁰ DÍEZ PICAZO, L. (1975), *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, pp. 42-45.

³¹ Vid., con la bibliografía allí citada, SCHNEIDER & SCHNAPP, 2006, p. 212 n.º 21. Podría catalogarse incluso como una *metabasis eis alo genos* (lit. cambio a otro género, aquí, transposición injustificada del mundo natural al jurídico, como si el derecho tuviera que seguir las reglas de la naturaleza o de la realidad fáctica).

Conecta con la interpretación auténtica consagrada por el emperador Justiniano en el siglo VI d. C. Aquí sí es posible, sin embargo, identificar la voluntad del sujeto productor del derecho. Se trata de uno concreto: el emperador que legisla. Este es, por cierto, el probable origen de la llamada interpretación psicológica, aunque en realidad expresa algo parcialmente diverso, esto es, que, para la solución de controversias surgidas de la interpretación de una determinada ley, no cabe mejor intérprete que el propio legislador. Si, después de promulgada la ley, el legislador se pronuncia sobre tales cuestiones, es su criterio el que jueces y abogados deben seguir y no el de terceros intérpretes por muy autorizados que parezcan. El texto clave que lo testimonia y que ha prestado base a nuestra tradición jurídica es el siguiente integrado en el Código Justiniano, muy conocido en derecho a lo largo de los siglos hasta nuestros días³²:

C. 1.14.12.5 (Iust. a. 529):

«Si la Majestad imperial hubiere examinado en calidad de juez una causa, y pronunciado sentencia constituidas las partes en su presencia, sepan absolutamente todos los jueces que están bajo nuestra jurisdicción que es ley no solo para la causa, para la que fue emanada, sino además para todas las análogas (*hoc esse legem non solum illi causas, pro quo producta est, sed et omnibus similibus*). Porque, ¿qué cosa hay mayor, qué más santa, que la Majestad imperial? O ¿quién está lleno de tanta soberbia, que menosprecie el pensamiento del príncipe, cuando también los autores del antiguo derecho manifiestan clara y terminantemente que tienen fuerza de ley las constituciones que emanan de decreto imperial? 1. Así pues, como hayamos visto que también está dudoso en las antiguas leyes si, cuando el pensamiento imperial interpretó la ley, deberá acaso tener validez semejante interpretación regia, tanto hemos, a la verdad, ridiculizado esta vana sutileza de algunos, que hemos determinado que debía ser corregida. Y declaramos que toda interpretación de las leyes hecha por el emperador ya sea sobre súplicas, ya sea en juicios, ya de cualquier otro modo, sea considerada válida e indubitada. Porque si al presente solo al emperador es permitido hacer las leyes, también el interpretar las leyes debe ser digno solamente de su autoridad imperial. ¿Por qué se recurre a nosotros a propuestas de los próceres, si en los pleitos surge una duda, y ellos no se consideran idóneos o suficientes para decidir el litigio, y por qué oyen nuestros oídos todas las ambigüedades que se presentan a los jueces, y que suelen nacer de las leyes, si de nosotros no dimana la genuina interpretación (*si non a nobis interpretatio mera procedit*)? ¿O quién parecerá que es idóneo para resolver los enigmas de las

³² Vid. al respecto en la voz *stare decisis* en BLANCH, 2017.

leyes, y para aclararlos a todos, sino aquel a quien únicamente está permitido ser legislador? Desechadas, pues, estas ridículas dudas, solo el emperador será justamente reconocido así único legislador, como intérprete de las leyes (*interpres legum solus imperator*); sin que por la presente ley se derogue nada respecto a los autores del antiguo derecho, porque también a ellos les concedió esto la majestad imperial. Dada a las siete millas de la ciudad de Constantinopla, en el nuevo consistorio del palacio de Justiniano. Dada a 6 de las Calendas de Noviembre, bajo el consulado de Decio, varón esclarecido [529]».

VIII. LOS PRECEDENTES: *STARE DECISIS* (*PETITIO PRINCIPII* DE AUTORIDAD)

Aparte de la falacia débil de autoridad, en el sistema de derecho civil³³, pero sobre todo en el sistema del *Common Law*, adquieren fuerza normativa los denominados precedentes judiciales. Se debe tratar, en todo caso, de sentencias que resuelven fundadamente cuestiones difíciles o controvertidas sin solucionar hasta entonces. Por su importancia poseen un valor ejemplarizante casos análogos que puedan plantearse el futuro. El problema para el intérprete constituye la identificación de esa *ratio* o criterio común. La utilización como argumento de sentencias anteriores puede producir una petición de principio cuando no están debidamente fundamentadas, sino que se remiten a sentencias anteriores, de manera que el intérprete debe buscar hacia atrás para encontrarlas³⁴.

IX. LA *IGNORATIO ELENCHI* Y EL CONCEBIDO

Resulta llamativo cómo algunos temas en concreto son objeto de atención preferente por parte de autores de obras dedicadas al estudio de la argumentación en general y de las falacias en particular. Así, la existencia o inexistencia de Dios (Weston³⁵), la eutanasia, la condición humana del feto o la legitimidad de las técnicas de reproducción humana asistida (Bordes Solanas³⁶), entre otros, aparecen continuamente como lugar favorito para ejercitarse en este ámbito. El conocimiento profundo del derecho puede ayudar también para denunciar falsos argumentos. La objetividad debe prevalecer en el

³³ En el derecho romano se encuentra el argumento del *stare decisis* en Ulp. 44 *ed. D.* 38.2.12.3 con un sentido orientado más a la práctica forense que a la enunciación de las fuentes del derecho romano: «Si habiendo sido uno desheredado, se hubiera fallado, aunque injustamente, que no estaba desheredado, no es repelido; porque se ha de estar a la cosa juzgada (*rebus enim iudicatis standum est*)».

³⁴ Un sorprendente caso recuerda SCHNEIDER & SCHNAPP, 2006, pp. 245-246.

³⁵ WESTON, A. (2006), *Las claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, pp. 65, 132-133, 137-138.

³⁶ BORDES SOLANAS, 2011, pp. 179, 183, 197-198, 216, 303-314.

análisis de argumentos y pseudo argumentos suministrados para debate, no pocas veces acalorado.

Nos centraremos en el tema de la vida humana. Seguimos aquí, por comodidad, el orden de argumentos que expone Bordes Solanas, aunque analizándolos de nuevo. El argumento fundamental en favor de la vida, y por tanto contrario al aborto, se basa en la condición de ser humano del feto e incluso del embrión. Dado que todo ser humano tiene derecho a la vida, por fuerza debe reconocerse que el embrión y el feto lo poseen también³⁷. Se dice en contra que no se trata de un verdadero argumento, sino una falacia, concretamente la basada en una petición de principio. El asunto es complejo por la necesidad, por un lado, de averiguar en qué momento el ser vivo surgido de la unión de un espermatozoide masculino con un óvulo femenino reúne los requisitos indispensables para ser considerado ser humano. Como las discusiones médicas en este punto no pueden considerarse aún cerradas, y algunas, como la pretendida existencia de un preembrión, resultan hartamente discutibles, se reclama desde el sector llamado “pro-vida” una protección indistinta a ese ser en todas sus fases vitales, siguiendo el principio de la santidad de la vida humana. Lo contrario se argumenta, sin embargo, por parte de quienes sostienen la tesis denominada “pro-elección”, que reservan el derecho a la vida a aquellos individuos con capacidad no meramente en potencia sino en acto para experimentar dolor y con voluntad idónea para elegir entre alternativas posibles y dirigir su deseo hacia objetos ciertos. Esta postura se nos antoja deudora de una cierta corriente filosófica caracterizada por su subjetivismo y cuyas raíces más próximas en el siglo XIX las podemos hallar en la filosofía post kantiana de Fichte o Schiller, célebres pensadores, que insisten en la idea de libertad basada en la autoconciencia del yo.

A un lado hallamos el célebre argumento del *homo est qui est futurus* (es hombre el que va a serlo) de Tertuliano³⁸, el individuo es un ser humano aún en estado embrionario porque reúne todas las condiciones para serlo y es ilegítimo intentar detener este proceso externamente. Al otro lado, con singular potencia, el argumento basado en la analogía entre un embrión y, por ejemplo, una bellota³⁹. También la bellota es, en potencia, una encina, pero no se puede decir que lo sea en acto, y mucho menos que no se deba disponer de ella por el pretendido fin sacro, por ejemplo, de proteger el patrimonio forestal. Reparemos bien en el hecho de que si se aduce irónicamente que la comparación de la bellota con un embrión o feto es una falacia de falsa analogía –con tintes retóricos podría expresarse así: ¿cómo vamos a comparar a una bellota con un

³⁷ BORDES SOLANAS, 2011, p. 310.

³⁸ *Apol.* 9.8.

³⁹ BORDES SOLANAS, 2011, p. 305.

concebido? –, aparte de lo persuasivo que pueda ser el intento, muestra un flanco débil a la refutación basada en la acusación de petición de principio. En efecto, quien rechaza de este modo la analogía incluye explícitamente lo que es objeto de discusión dándolo por sentado: que el feto o el embrión es un ser humano frente a la bellota. Dejando a un lado este callejón sin salida, los avances de la medicina, al suministrar constantemente imágenes de embriones y fetos en estados de muy incipiente formación, sorprenden al ojo humano por su enorme parecido con un individuo de nuestra especie. No pretendemos, con todo, rescatar aquí la ancestral idea de la forma humana aplicada al estado embrionario, pero, incluso en representación más o menos amorfa, motivada por su pequeñez extrema, no deja de causar impresión, por ejemplo, el latido de un corazón diminuto en un puntito apenas perceptible en una ecografía. Probablemente, se acuse a esta percepción de falaz o de emotivista; quizás, pero al fin y al cabo no deja de corresponderse con la imagen objetiva de la realidad con independencia de la impresión que pueda producir. Mirar a otro lado no cambia las cosas.

Fijémonos bien, por otra parte, en que si seguimos la línea de pensamiento que despoja al embrión y al feto de la condición de ser humano por carecer de suficiente capacidad actual volitiva e intelectual en acto puede llegar a obtenerse la efectiva desprotección del niño, esto es una vez nacido, si la ciencia estima que carece de autoconciencia. Esto nos retrotrae a épocas pretéritas, o quizás no tanto, en que, en el seno de determinadas culturas, se operaban crueles selecciones de seres nacidos desechando aquellos que parecían defectuosos. No es ciencia ficción. Desde ciertos sectores de la ciencia se está defendiendo hoy el infanticidio libre e impune hasta una determinada edad.

Dejemos ahora este asunto y pasemos a tratar otro concomitante bastante menos conocido. Se trata del requisito de nacimiento como momento inicial de la persona física en el ámbito del derecho civil. Se encuentra en la mayor parte de las leyes modernas. Así en el Código Civil español,

Código Civil español:

Artículo 29:

El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para *todos* los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente⁴⁰.

Artículo 30:

⁴⁰ V. además para esta cuestión: – Arts. 14 a 38 de la Constitución Española. – Arts. 627 y 959 a 967 de este Código. – Arts. 53 y 54 de la Ley de Registro Civil. – Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción.

La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez *producido* el entero desprendimiento del seno materno⁴¹.

Véase, sin embargo, la antinomia que plantea otra ley básica de nuestro ordenamiento jurídico:

Ley de Enjuiciamiento Civil:

Artículo 6. Capacidad para ser parte:

1. *Podrán* ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:

Las *personas* físicas.

El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables.

Las personas jurídicas.

Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.

Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.

El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.

Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

2. Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.

⁴¹ Esta redacción procede de la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil («B.O.E.» 22 julio) con vigencia desde el 23 julio 2011.V. también la disposición adicional cuarta de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil («B.O.E.» 22 julio), sobre constancia en el Registro Civil de los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación.

¿En qué quedamos? ¿El concebido tiene capacidad jurídica o no?⁴² La elección por parte del derecho del término “persona”, de fuerte carga filosófica e ideológica, no parece haber contribuido precisamente a esclarecer la cuestión. Incluso puede atisbarse un cierto escrúpulo en el legislador cuando emplea el término “personalidad” en vez de “capacidad”, como si se detuviera dubitativo ante una cuestión fundamental, incapaz de adoptar una resolución definitiva y drástica. La sinonimia entre personalidad y capacidad es, no obstante, comúnmente afirmada, pero sigue sin entenderse la elección de un término, en asunto tan delicado, de significación más que difusa⁴³.

Esta falta de claridad alcanza el ámbito de la enseñanza y aprendizaje del derecho. Si la capacidad jurídica se define como titularidad de derechos y obligaciones y esta solo se da en un ser que ha nacido con los requisitos establecidos por el código civil, *sensu contrario*, el feto carece de derechos, y mucho más el embrión. Sin embargo, es este un pésimo argumento que ignora las razones históricas que llevaron al derecho matriz de todos los derechos también en esta materia, el derecho romano, a fijar el nacimiento como el momento al que el derecho debía prestar atención. Las razones para elegir el nacimiento como momento inicial de la persona física no eran de tipo ontológico, sino práctico. El término romano *spes* ha dado origen al moderno de “expectativa” que se utiliza también erróneamente con respecto al feto hoy. Pero para los romanos la expectativa se refería, no a la de posibilidad de un ser humano, sino a la de nacer con vida (*spes nascendi*, esperanza de nacer, y no *spes hominis*, esperanza de hombre). Por eso, no es que el feto, o en su caso el embrión, posean meras expectativas jurídicas sometidas a una condición suspensiva, la de nacer. Podría de hecho sostenerse lo contrario, a saber, que el embrión o el feto tuviera ya derechos que pudieran resolverse, esto es, por condición resolutoria, en caso de nacer sin vida.

La cuestión práctica ha sido y es la de la determinabilidad, con respecto al derecho, de la existencia de una persona física. La alta probabilidad, muy grande en la Antigüedad, de formación infructuosa del feto con resultado de muerte al nacer movió a pensar a los juristas en un momento más seguro, esto es, el nacimiento. En efecto, si, por ejemplo, una herencia se repartía entre varios hermanos ya nacidos junto con el

⁴² V. ALISTE SANTOS, T. J. (2011), *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, p. 194 y ss.

Se podría replicar que se trata de una ficción jurídica y que el concebido no tiene más vida para el derecho que, por ejemplo, las masas patrimoniales citadas a continuación. Repárese, sin embargo, en que lo mismo se podría decir entonces de las personas físicas mencionadas en primer lugar, y en el hecho de que, en definitiva, lo que pretendía negársele en el Código Civil –si es que lo consiguió, con independencia de la intención de los redactores del artículo 30–, se le concede en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁴³ V. sobre persona, personalidad y capacidad, VILA-CORO, M. D. (1995), *Introducción a la biojurídica*. Madrid, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, pp. 112-113 (en adelante VILA-CORO, 1995).

concebido, y este no llegaba a nacer, había que volver a llevar a cabo una nueva partición con las consiguientes molestias y complicaciones económicas y humanas. No se busque nada más detrás de nacimiento. Sin embargo, no pocos partidarios del aborto lo han hecho, con el argumento, antes citado, de que si el derecho establece que el nacimiento determina la capacidad jurídica de un ser humano es porque estima que no reúne esa condición antes de nacer. Lo malo es que los propios alumnos en las Facultades lo estudian así a menudo y es casi imposible, lo decimos por experiencia, arrancar de su mente el prejuicio basado en una flagrante *ignoratio elenchi*. El derecho jamás ha establecido el nacimiento como el momento en el que ontológicamente se entiende originado un ser humano, sino por la consideración de las ventajas que para el derecho en general ofrece elegir ese instante⁴⁴.

⁴⁴Veamos el texto jurídico fundamental en el que se apoya históricamente el sistema de derecho civil o derecho romano-germánico y que debería ser estudiado aún con especial detenimiento en la carrera de Derecho para poder explicar correctamente los artículos de los códigos civiles modernos relativos al nacimiento de la persona física y a la figura del concebido. Pertenece al Código Justiniano e incorpora una decisión imperial que resuelve una vieja disputa doctrinal y cuya solución se puede decir seguida aún hoy por todas las legislaciones actuales: que cualquier signo vital que muestre el recién nacido sirve para determinar que ha nacido con vida. A su vez, el texto se hace eco de una reflexión muy anterior que abarca siglos de historia del derecho romano: Texto fundamental:

CJ.6.29.3pr. (Iust. a. 530 d. C.)

Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. cum igitur is qui in ventre portabatur praeteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet et nascendo ruptum testamentum faciebat, si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum potest. 1. Veteres animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum testamentum, apparet, quod, etsi mutus fuerat, hoc ipsum faciebat, eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet ilico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit, nihilo minus testamentum corrumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium.

«Nosotros decidimos lo que se discutió entre los antiguos. Pues cuando había sido preterido [omitido en el testamento] el que era llevado en el vientre, el cual, si hubiese sido dado a luz, sería heredero de propio derecho del padre si otro no le precediera, y naciendo invalidaba el testamento en el caso de que el póstumo hubiera venido a este mundo, pero sin haber emitido la voz hubiera sido arrebatado a la vida, se dudaba si este póstumo podía romper [invalidar] el testamento. Se ocupó la inteligencia de los antiguos sobre lo que se había de determinar en cuanto al testamento del padre. Y como los Sabinianos estimaban que, si nació vivo, aunque no hubiese emitido la voz, se rompía el testamento, es evidente que esto mismo hacía, aunque hubiese sido mudo. También nosotros aplaudimos su opinión y mandamos que, si perfectamente nació vivo, aunque haya muerto inmediatamente después que cayó a tierra o en las manos de la comadrona, se rompa sin embargo el testamento, requiriéndose solamente esto, si vino al mundo todo vivo y sin convertirse en monstruo o prodigio alguno».

Secundando una interpretación errónea basada en la falacia antedicha, de graves consecuencias para la interpretación y aplicación del derecho, pueden cotejarse las opiniones de autores de renombre indiscutible como De Castro, probablemente el jurista de mayor influjo en este punto, Tomás y Valiente, como magistrado del Tribunal Constitucional, que probablemente se apoya en la opinión de Castro, o desde la Abogacía del Estado, a través de una opinión que de nuevo se nos antoja prejuzgada por el tamiz del autor primeramente citado.

Se reconoce en los siguientes testimonios el infeliz uso del término “persona”, con toda su densidad ideológica, filosófica e incluso teológica, para negar derechos al concebido a través de una fatal confusión de dos asuntos diferentes: la cuestión ontológica del ser humano y la de la

razón práctica de la elección por parte del derecho del nacimiento de un ser humano. La primera no fue abordada ni por el derecho romano ni por el derecho posterior; ambos se han ceñido exclusivamente a la segunda hasta hoy. La reforma del año 2011 que afectó a los artículos 29 y 30 del Código civil español ha intentado ahondar más en esa confusión, pero al igual que las anteriores redacciones, es fácilmente rebatible (V. las interesantes reflexiones a este respecto en VILA-CORO, 1995, pp. 108-122):

Federico de Castro –CASTRO Y BRAVO, F. D., (1952), *Derecho Civil de España. Parte General*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos–:

Tomo II página 111: «El nacimiento natural supone el desprendimiento del feto del seno materno, con lo que deja de ser una parte de la madre, adquiriendo independencia jurídica. Si reúne los requisitos del artículo 30 del código civil, será persona; si no llegó a tenerlos, será civilmente una cosa mueble y, en su caso, de naturaleza especial como cadáver (feto muerto)».

[Sin querer incurrir en una falacia emotivista, denominar al feto “cosa mueble” no deja de ser sorprendente e inquietante. No seremos nosotros quienes propongamos ahora una falacia de “cortina de humo” o de “arenque rojo” para refutar esta observación al modo de «los mismos que desprotegen al feto son implacables con la protección del lince hispánico»; en efecto, como animal no humano que es el lince, se propone legislativamente su tratamiento como una entidad diferente a una cosa (lo que, por otro lado, tanto con respecto a animales salvajes como, muy en especial, a los animales domésticos parece justo). Pero su grado de asimilación a los seres humanos se está aproximando mucho al de una persona en los últimos tiempos. De hecho, el uso, un tanto hilarante y cada vez más frecuente de la expresión redundante de “persona humana” quizás vaya en esa dirección. No. Es la propia medicina la que, a través de sus avances, como decíamos anteriormente, demuestra con imágenes estremecedoras que tampoco el feto y ni siquiera el embrión es asimilable a una cosa mueble].

Página 117: «Llevar el comienzo de la personalidad al momento de la concepción sería destruir el concepto jurídico de persona; el embrión, ni jurídica ni filosóficamente hay por qué considerarlo persona. Su protección jurídica penal y civil directa e indirecta, está suficientemente garantizada y justificada como esperanza de persona». (Nota 7: «una declaración de que “los derechos generales de la humanidad corresponden también al no nacido desde el momento de la concepción” (A. L. R. 1, 1, par. 10) puede tener este significado»). [¿Seguro que es así? Véase además cómo se maneja el argumento defectuoso de la “esperanza de persona” (*spes hominis*), que hemos rebatido antes con respecto a las fuentes, en vez del correcto de *spes nascendi* (esperanza de nacer), para prejuzgar la condición del feto].

Página 121: «Los autores antiguos no pensaron nunca que el concebido tuviese personalidad o capacidad jurídica; no podían olvidar los textos romanos, que decían que era una parte de la madre el derecho romano, y siguiéndole el derecho antiguo, se refiere a poner en posesión, a pedir la posesión en nombre del “vientre” y nombramiento de un “*curator ventris*”». [Muy discutible. Cfr. –BLANCH, J. M. (julio-septiembre, 2001), «El concebido en el Derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica», *Anuario de Derecho Civil*. –BLANCH, J. M. (2002), «El feto como porción de mujer: origen de un mito jurídico», en: P. C. Barranco, ed. *I Jornadas “Universidad y cultura de la vida”. El aborto. Perspectiva pluridisciplinar*, Madrid, Fundación Universitaria San Pablo-CEU, pp. 7-25].

Oposición del Abogado del Estado por escrito de 10 febrero 1984:

«La palabra “todos” solo podrá incluir a aquellos a quienes en derecho reconoce como “sujetos aptos para ostentar titularidades jurídicas”. El problema se remite al sector del ordenamiento, que precisa quienes pueden ser titulares de derechos. El resto del artículo 15 solo es aplicable a las “personas”». «Las normas civiles protectoras de derechos del *nasciturus* suponen simplemente la atribución de derechos *in fieri* pendientes en cuanto a su eficacia del hecho posterior e incierto del nacimiento, de tal modo que solo a partir del tanto a en que se produce tal condición se perfecciona el derecho». [Flagrante confusión de la cuestión probatoria con la ontológica haciendo uso del término persona. La solución que se ofrece es también discutible: ¿por qué no se configura el embrión y el feto como titulares de derechos resolubles si nacen sin vida, esto es, a través de una condición resolutoria referida al momento del nacimiento, y no como destinatarios de meras expectativas jurídicas sometidas a condición suspensiva?].

Voto particular de D. Francisco Tomás y Valiente:

«El *nasciturus* no es titular del derecho fundamental a la vida, aunque constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido. Solo es titular de derechos quien es persona y el *nasciturus* no es

X. OTRAS FALACIAS USUALES EN DERECHO

Las falacias emotivistas (*ad misericordiam*)⁴⁵ o las basadas en rumores, es decir, en información no debidamente contrastada (falacia *ad populum*), o en clichés obtenidos a base de inducción defectuosa (de generalización apresurada) están presentes más en la sociedad, incluso en la conciencia colectiva, que en el ámbito jurídico y en concreto en el judicial. Se pueden constatar, no obstante, en juicios, emanadas de letrados sin escrúpulos (o sin adecuada preparación), aunque normalmente detectadas por el buen criterio de los jueces. No faltan en la argumentación las falacias *hysteron proteron* (*petitio principii*) o círculo vicioso⁴⁶, *proton pseudos*⁴⁷, *post hoc, propter hoc* (falacia de *non causa ut causa*)⁴⁸, *metabasis eis alo genos*⁴⁹... O la falacia *nimum vel parum probare*⁵⁰, que es usual en los interrogatorios judiciales a través de preguntas capciosas (o trampa)

persona». [Se trata de una afirmación apriorística, no acompañada de prueba y, por tanto, falaz por su dogmatismo].

⁴⁵ Aquí, como sucede con la falacia *ad populum*, el derecho a veces cohabita con la opinión pública en un ambiente tornadizo y volcánico. La equidad (*aequitas*), que los tribunales pueden aplicar en determinados casos, no debe consistir, de ningún modo, en un ejercicio de arbitrariedad judicial obtenida a partir de presiones sociales. Las conocidas sentencias del juez Magnaud en Francia a principios de siglo XX en casos de hurto famélico, o del juez Calatayud en España modernamente, condenando a aprender a leer y escribir a adolescentes que habían delinquido, son ejemplos paradigmáticos de verdadera justicia, no de mera concesión graciosa por parte del juez o de pura benevolencia. En todo caso, el Código Civil español (art. 3.2) pone límite a la equidad: que la ley la admita.

⁴⁶ Es decir, falacia “de lo posterior a lo anterior”, “petición de principio” o círculo vicioso.

⁴⁷ O sea, “de falsa premisa”, que se produce cuando, por ejemplo, se critica la resolución de un órgano jurisdiccional porque se aparta de decisiones de altos tribunales, sin indagar si tales decisiones eran correctas o no (SCHNEIDER & SCHNAPP, 2006, p. 251). En este caso, entendemos que puede haber una coincidencia con una falacia de autoridad.

⁴⁸ Es decir, falacia de “después de esto, por lo tanto, por causa de esto” o “de la no-causa tomada como causa”, como en aquella doctrina científica largamente en boga, según la cual el lodo y el barro, materia en la que aparecen y se desarrollan las plantas, los moluscos, los caracoles y los gusanos, constituiría también la causa que les da origen. O, en segundo lugar, en el célebre relato de Andersen sobre la discusión del tintero y la pluma acerca de la atribución de la autoría de una obra poética a uno u otro, se pasa por alto que la anterioridad en el tiempo de su respectiva existencia con respecto a la efectiva redacción de la obra de marras no legitima a ninguno de ellos para salirse con la suya (SCHNEIDER & SCHNAPP, 2006, p. 259). La también llamada “falacia genética” se basa en la identificación de un supuesto de origen con un hecho posterior con el que no tiene por qué haber relación. Una mala actitud o un error del pasado, incluso una falta o un delito, no deben prejuzgar la valoración del comportamiento posterior de la persona en la sociedad, ni deben necesariamente hacer derivar de aquel calamidades posteriores que coincidan con la presencia de ese sujeto. Así, por ejemplo, unas malas calificaciones obtenidas en los estudios, sobre todo en los períodos iniciales de educación de una persona, no son argumento válido para mostrar perplejidad ante un éxito posterior profesional o, aún más, para cuestionarlo (CALONJE, 2009, p. 210). Coincide aquí esta falacia con la *ad hominem* (BORDES SOLANAS, 2011, p. 200). Es frecuente en acusaciones en el ámbito político, pero puede serlo también en el judicial.

⁴⁹ V. nota 31.

⁵⁰ “De probar de más o de menos”, es decir, de no probar lo que se debe, bien por exceso, bien por defecto.

ante las que no hay posibilidad de responder sí o no por parte del interrogado (del estilo de «¿ha dejado de golpear a su pareja?»).

Todas estas falacias, y otras muchas, como decimos, están o pueden estar presentes en el ámbito jurídico, pero nos gustaría referirnos, en fin, a una particularmente relevante a nuestro modo de ver. Se trata de la falacia del *obscurum per obscurius* (lit., lo oscuro a través de lo más oscuro) que se deja ver a menudo en los escritos doctrinales y forenses. La concisión y claridad son normas de cortesía que debe observar todo el que escribe. Un estilo ampuloso u oscuro puede ser utilizado, no obstante, como medio para ocultar la verdadera opinión, o para dar importancia a un mensaje que carece de ella, o para desviar la atención del que lee, o para dificultar la lectura para fatigar al lector y hacerle desistir de su intento de captar el sentido etc. Se comprende por qué en las últimas décadas ha habido una reacción desde los ministerios de justicia de diferentes países dirigida a poner freno a la confección de textos jurídicos, paradigmáticamente sentencias, redactados de modo que las hace impenetrables por parte del ciudadano medio. Por desgracia, se ha aprovechado para hacer también *tabula rasa* con, por ejemplo, las valiosas y utilísimas locuciones latinas de uso forense, y se ha incurrido en el vicio contrario contribuyendo a la vulgarización del derecho, que puede llegar a extremos irrisorios⁵¹.

No es un intento de ocultación de fundamentos jurídicos de la sentencia, sino un ejemplo de barroquismo exacerbado el ejemplo que traemos a colación ahora y que pertenece a una sentencia del Tribunal Supremo a propósito de un recurso de casación (Recurso de Casación núm. 4334/1999).

«A) Cuando de las actuaciones practicadas, no es posible atribuir, ni conectar siquiera sea en la más mínima dimensión de negligencia o descuido, cuál ha sido la conducta o comportamiento perturbador, antijurídico o ajeno a los más elementales deberes de atención y cuidado, no puede pronunciarse una consecuencia reparadora, por cuanto el derecho más allá de las exigencias de justicia social, en relación incluso con el “riesgo”, como dato objetivo, solamente puede referirse a la valoración de “actos”, es decir, toda modificación o agresión al equilibrio convivencial atribuible y derivada de una voluntad humana y la infraestructura voluntarista de este comportamiento lesivo debe ser valorado desde y a partir de una mínima demostración de su causa ya que de lo contrario representaría conectar respuestas jurídicas de culpabilidad a meros hechos que en su dimensión puramente mecánica o física, sin el más mínimo ingrediente de

⁵¹ Nuestra obra varias veces citada ya (BLANCH, 2017) pretende salir al paso de esa perniciosa tendencia.

“espiritualidad”, no pueden encajar dentro del sistema de nuestro Código Civil (LEG 1889, 27); en todo caso, la diligencia exigible no puede traspasar los límites de lo racionalmente previsible y evitable, dentro de los que una conducta pudiera resultar reprobable y no puede partirse de abstracciones o de supuestos teóricos para “descalificar *a priori*” una conducta en virtud de un resultado lesivo derivado de la misma, sino que debe partirse de la forma más profunda y meticulosa del análisis de las concretas circunstancias concurrentes (arg. 1104 CC [LEG 1889, 27]) teniendo en cuenta que el *sustratum* de aplicación del Derecho, una vez más sea dicho siempre es un “acto humano”, jamás un simple hecho, totalmente desconectado del concepto o entidad de aquel, toda vez que la diligencia no es un concepto abstracto, sino concreto, que sigue dentro del límite de lo humano, que no puede ser rebasado por las presiones socializantes de nuestra Era Moderna ni por los módulos de la llamada responsabilidad objetiva, siendo de reafirmar que nuestro derecho básico y fundamental sigue anclado en la llamada responsabilidad subjetiva del art. 1902, sin que en ningún caso quepa descolgarla del componente de voluntariedad».

Desde el punto de vista de la puntuación, el texto apenas concede pausas para una lectura reposada. Solo un punto y coma casi a la mitad. Con una capacidad pulmonar normal difícilmente se podrá llevar a cabo la lectura de una vez, ni aun siquiera para llegar a ese lugar, sin detenerse arbitrariamente antes. Este singular agolpamiento de frases quizás intenta demostrar contundencia en la fundamentación. Leído en voz alta y con vehemencia intimida incluso dialécticamente, entre otras cosas por su dificultad de comprensión, con incisos como «por cuanto el derecho más allá de las exigencias de justicia social, en relación incluso con el “riesgo”, como dato objetivo, ...», y expresiones complejas como “equilibrio convivencial”, “infraestructura voluntarista”, «ingrediente de “espiritualidad”», “*sustratum* de aplicación del derecho”... Las expresiones latinas (*a priori* o *sustratum*), sin embargo, no son extrañas y deberían ser entendidas por un lector de cultura media; su empleo aquí pretende quizás dotar de un *plus* de autoridad al mensaje. El uso de las comillas de determinadas palabras (riesgo, actos o espiritualidad) resulta quizás redundante, pero de nuevo contribuye visualmente a erizar el texto de escollos.

De manera mucho más sencilla se podría haber explicado por parte del Tribunal Supremo que la valoración del daño producido, en este caso lesiones sufridas por demandante, no debe realizarse atendiendo al modelo de responsabilidad objetiva, cada vez más apremiante en las sociedades modernas, pero aplicable a otros casos, sino de responsabilidad subjetiva, que es el que acepta el Código Civil (conforme, por cierto, al derecho romano justiniano). O sea, que lo que se debe apreciar aquí es si la conducta

del demandado es subjetivamente reprochable, esto es, si se puede atisbar en ella algún tipo de culpa (entendida como intención dolosa o, como en este caso, como negligencia), y no, si se le debe obligar a indemnizar (o reparar, como dice la sentencia aludiendo a la “consecuencia reparadora”) en todo caso y al margen de la diligencia empleada por él.

Naturalmente, por muy clara y meridiana que sea la redacción, es casi inevitable que un lector lego en derecho no llegue a comprender cabalmente un texto jurídico. El uso de términos y expresiones como responsabilidad subjetiva, responsabilidad objetiva, culpa, reprochabilidad o diligencia poseen un uso secular en el ámbito jurídico y se refieren a saberes prácticos cuyo estudio se lleva a cabo en las Facultades de Derecho, fundamentalmente, y su aplicación práctica en el foro por parte de expertos. Y desde luego, la distancia que pueda producirse entre la técnica vertida en un texto y la cultura del ciudadano medio que accede a él no debería salvarse, como parece proponerse a veces, a base de simplificar el derecho porque, aparte de empobrecerlo, lo haría paradójicamente equívoco.

Técnicamente, la llamada falacia del *obscurum per obscurius* es más bien, como dice Bordes Solana⁵², un “truco retórico”. Si la exponemos aquí es por su extraordinaria frecuencia en derecho y porque la excesiva verbosidad que despliega produce el efecto de cortina de humo, que le confiere además la pomposidad y estruendo de una exagerada acumulación de términos y expresiones abstractas, sean técnicas o no. Puede conectar así con la falacia *nimum vel parum probare*. La alusión extemporánea a principios generales del derecho, irrefutables en sí mismos, como *pacta sunt servanda* es ilegítima cuando no tienen que ver con el asunto y no aportan nada a su demostración. Es decir, no prueba nada o muy poco⁵³. Este mismo efecto pernicioso lo producen las máximas y reglas jurídicas abusivamente empleadas. En ocasiones contribuyen a producir la falacia conocida como *saltus in concludendo* cuando producen el efecto de llevar a la conclusión sin previa demostración fehaciente.

XI. EPÍLOGO

Es verdad que falta un estudio pormenorizado de la lengua jurídica efectivamente utilizada por quienes, en general se ocupan de formular, por vía oral o escrita, textos jurídicos y de su empleo al servicio de la argumentación jurídica. Sin embargo, se detecta con frecuencia un uso inadecuado del idioma que favorece su oscuridad y ambigüedad en el ámbito jurídico. La finalidad perseguida no puede ser otra que la de obtener una conformidad incondicionada de los destinatarios de un determinado texto de

⁵² BORDES SOLANAS, 2011, p. 185.

⁵³ SCHNEIDER & SCHNAPP, 2006, p. 226.

obligado cumplimiento, ya pertenezca aquel a una sentencia, a una ley o a uno de esos contratos de adhesión de las grandes compañías suministradoras de servicios de primera necesidad que afectan a la vida cotidiana de los ciudadanos. A esto contribuyen algunos de los vicios denunciados en este trabajo, como la concesión de excesivo peso al argumento de autoridad, que fomenta en el ámbito legislativo el mito imperativista de la "mente del legislador", el estilo ampuloso de algunas sentencias y leyes, la cita extemporánea y torrencial en escritos jurídicos diversos de principios, máximas o conceptos de general aceptación... Todas estas falacias se oponen al ideal clásico, expresado hace muchos siglos, acerca de la correcta redacción de textos normativos, consistente en la concisión, claridad, sencillez y evitación de repeticiones y contradicciones.

Se debe potenciar en las Facultades de Derecho la expresión oral y escrita por parte de los estudiantes para alcanzar estos fines. Esto no significa que deba simplificarse el derecho y el aprendizaje de la terminología jurídica. El latín jurídico, por ejemplo, debería ser objeto de estudio, por el contrario. Sencillez no significa simpleza. Hemos visto, por ejemplo, el efecto falaz del escamoteo que ha sufrido la expresión *spes nascendi* (expectativa de nacer), que es la que debería emplearse en cuanto a la condición del concebido, por la de *spes hominis* (expectativa de un ser humano, que aún no existe), que es la que finalmente se ha utilizado, a nuestro juicio erróneamente, por una parte muy relevante de la doctrina.

Parece como si incluso hubiera interés en que los estudiantes aprendieran una pura técnica de aplicación cuasi automatizada del derecho conforme a rígidos patrones de los que no deberían apartarse. La *ignoratio elenchi*, como en el caso del concebido y en otros muchos, es una de las falacias más notables en derecho, que tiene que ver a la postre con una defectuosa formación jurídica. El emotivismo o la «justicia como se siente en la calle» son asimismo falacias muy habituales. Con ellas no tiene que ver, sin embargo, la justa indignación de la sociedad ante casos mal resueltos o injusticias producidas por la inadecuación de las leyes con respecto a los problemas que acucian a la gente. El derecho, que siempre va por detrás de la realidad (no puede ser de otro modo), debe ser dúctil y capaz de ofrecer respuestas cada vez más rápidas, siempre y cuando no sean el reflejo de un sentir politizado de una determinada ideología que busca imponerse a toda costa. La tentación de la política por controlar el derecho es secular y pernicioso en extremo para la justicia.

La lengua jurídica es el producto inmemorial del esfuerzo de ingentes generaciones de juristas y constituye una de las señas más características del sistema de derecho civil o romano-germánico, que es el nuestro. La lengua inglesa es incomparablemente más pobre en materia jurídica, porque su tradición, loable en muchos aspectos, no sobresale

en cuanto a riqueza lingüística, aunque sí en cuanto a eficacia práctica. En este sentido, la traducción inmediata e irreflexiva de un término jurídico procedente de la lengua inglesa a cualquiera de las lenguas modernas depositarias del derecho romano y viceversa –incluso de algunos aparentemente tan sencillos como *contract*, *transaction*...– puede ser una fuente de fatales equívocos; por tanto, de nuevo, de oscuridad y ambigüedad⁵⁴.

La conclusión de futuro no puede ser otra que la de exhortar al rigor jurídico en los estudios de Derecho que deberían encaminarse a que los alumnos se expresaran con propiedad, utilizaran correctamente términos jurídicos, estudiados desde su raíz romana, y aprendieran un derecho no desconectado de los demás saberes; en especial, no separado de la justicia, pero sin renunciar a la técnica jurídica, o lo que es lo mismo, sin incurrir en burdas simplificaciones que –como hemos visto– provocan un lamentable empobrecimiento del derecho y mucha confusión. Sólo así, nos parece que en un futuro no muy lejano se evitarían muchas de las falacias hoy frecuentes en el mundo del derecho.

He aquí el quid de la insistencia en este epílogo de la necesidad de una recta formación jurídica. Lo que sea el derecho en los tiempos venideros dependerá en buena medida del grado de conocimiento adquirido por quienes deben aplicarlo. Por supuesto, también la sociedad debería hacerse partícipe del saber de, al menos, sus elementos básicos o sus aspectos más relevantes, para no incurrir en juicios preconcebidos con respecto al derecho. A menudo, se trata de clichés, como hemos denunciado aquí, cándidos, teñidos eso sí de desconfianza hacia lo que significa el derecho, a menudo confundido con la ley (hoy más que nunca por influjo del inglés), y sus fines.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., 2007. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALISTE SANTOS, T. J., 2011. *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

ATIENZA, M., 2009. *El sentido del derecho*. Quinta impresión (primera ed. 2001) ed. Barcelona: Ariel Derecho.

BENTHAM, J., 1824. *The book of fallacies: from unfinished papers*. London: John and H. L. Hunt.

BERGER, I. H., 1705. *Enarratio legis X Pand. De iure fisci et legis II. Cod. Qui et adversus quos in integrum restitui non possint*. Lipsiae: Haered. Friderici Lanckisii.

⁵⁴ BLANCH NOUGUÉS, J.M. (2017), «Algunas reflexiones en torno al concepto romano y moderno de contrato (RI §418924)», *Revista general de Derecho Romano Iustel*.

BLANCH, J. M., 2002. El feto como porción de mujer: origen de un mito jurídico. En: P. C. Barranco, ed. *I Jornadas "Universidad y cultura de la vida". El aborto. Perspectiva pluridisciplinar.* Madrid: Fundación Universitaria San Pablo-CEU, pp. 7-25.

BLANCH, J. M., 2016. Observaciones en torno a la formación histórica de la regla 'in dubio contra fiscum (pro fisco)' y a la recta interpretación de Mod. l. sing. de praescript. d. 49.14.10 (RI §417701). *Revista General de Derecho Romano Iustel*, pp. 1-32.

BLANCH, J. M., 2017. Algunas reflexiones en torno al concepto romano y moderno de contrato (RI §418924). *Revista General de Derecho Romano Iustel*.

BLANCH, J. M., 2017. *Locuciones latinas y razonamiento jurídico. Una revisión a la luz del derecho romano y del derecho actual.* Madrid: Dykinson.

BLANCH, J. M., julio-septiembre, 2001. *El concebido en el Derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica.* s.l.:Anuario de Derecho Civil.

BORDES SOLANAS, M., 2011. *Las trampas de Circe. Falacias lógicas y argumentación informal.* Madrid: Cátedra.

BRETONE, M., 1997. *Storia del diritto romano.* Quinta ed. Roma-Bari: Laterza.

CALONJE, C., 2009. *Técnica de la argumentación jurídica.* Segunda ed. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters.

CASTRO Y BRAVO, F. D., 1952. *Derecho Civil de España. Parte General.* Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

CICERÓN, M. T., 1927. *Obras completas de Marco Tulio Cicerón.* Madrid: Librería y Casa Editorial Hernando.

CRYAN, D., SHATIL, S. & MAYBLIN, B., 2005. *Lógica para todos.* Barcelona: Paidós.

DÍEZ PICAZO, L., 1975. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho.* Barcelona: Ariel.

DÍEZ PICAZO, L., 1979. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial.* Madrid: Tecnos.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., 2017. *Derecho Público Romano.* 20 ed. Navarra: Civitas.

GARCÍA RESTREPO, L. E., 2011. *Elementos de lógica para el derecho.* Bogotá: Temis.

HAMBLIN, C. L., 1970. *Fallacies.* London: Methuen & Co Ltd..

HORAK, F., 1969. *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo.* Aalen: Scientia Verlag.

KASER, M., 1964. *En torno al método de los juristas romanos.* Valladolid: Universidad de Valladolid.

PERELMAN, C. & OLBRECHTS TYTECA, L., 1989. *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique.* Quinta ed. Bruselas: Éditions de l'Université de Bruxelles.

PIZARRO, F., 1986. *Aprender a razonar.* Madrid: Alhambra.

PLATAS PACHECO, M. D. C., 2013. *Filosofía del Derecho. Lógica jurídica*. México: Porrúa.

POTHIER, R. J., 1764. *Traité des Obligations selon les regles tant du for de la conscience que du for extèrieure..* Paris: Debure l'aîné.

RADBRUCH, G., 1944. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

SCHAUER, F., 2013. *Pensar como un abogado. Un nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons.

SCHIAVONE, A., 2009. *Ius. La invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.

SCHNEIDER, E. & SCHNAPP, F. E., 2006. *Logik für Juristen*. 6., neu bearbeitete und erweiterte Auflage ed. München: Franz Vahlen.

SCHOPENHAUER, A., 2011. *El arte de tener razón expuesta en 38 estratagemas*. Madrid: EDAF.

VICO, G., 2005. *Elementos de retórica: El sistema de los estudios de nuestro tiempo y Principios de oratoria*. Madrid: Trotta. Clásicos de la cultura.

VIEHWEG, T., 1963. *Topik und Jurisprudenz*. München: C. H. Beck.

VILA-CORO, M. D., 1995. *Introducción a la biojurídica*. Madrid: Servicio de publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

VOCI, P., 1963. *Diritto ereditario romano. Parte speciale*. Segunda ed. Milano: Giuffrè.

WESTON, A., 2006. *Las claves de la argumentación*. Barcelona: Ariel.

ZIMMERMANN, R. T., 1996. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition..* Oxford - New York: Clarendon Press.