

INCORPORACIÓN DEL ACADÉMICO
DON MARCIAL ANTONIO RUBIO CORREA
(Sesión pública del 17 de junio de 2010)

EL IDIOMA Y EL DERECHO VISTOS DESDE JUSTINIANO

Marcial Antonio Rubio Correa

Hoy no trataremos del lenguaje específico del Derecho, sino de diversos efectos que el uso del idioma tiene en el razonamiento jurídico y en la aplicación de sus normas.

El tratamiento de este tema tiene, en Occidente, por lo menos dos mil años. Nos lo muestra el *Digesto* de Justiniano, recopilación del Derecho Romano hecha en el siglo VI después de Cristo, en base a documentos jurídicos de todo un milenio previo. El título XVI de su libro L trata “*Sobre la significación de las palabras*” y contiene doscientos cuarenta y seis fragmentos. Algunos adicionales pueden ser ubicados en el título XVII del mismo libro, titulado “*Sobre las diversas reglas del Derecho antiguo*”.

Para esta exposición utilizaremos la traducción al español hecha por Ildefonso Luis García del Corral, publicada en Barcelona por Jaima Molinas en 1889 y reproducida recientemente en edición facsimilar por Lex Nova, en Valladolid.

1. La analogía y la *ratio legis* como formas de enriquecimiento jurídico del significado de las palabras.

En una cita de Ulpiano dice el *Digesto*: ‘Anota Marcelo en Juliano que el verbo «haber perecido» comprende lo rasgado, lo roto y lo robado

(Ulp. 5 ed.)”.¹ El verbo *perecer* incluye en su significado otros verbos que producen una consecuencia semejante para el bien materia de derecho. Inmediatamente se realiza la aplicación analógica de la consecuencia a todos los verbos con lo que, uno de ellos, incluye el significado de todos los demás.

Otra aproximación al mismo género de fenómeno es la siguiente cita del jurista Paulo: “«*Deber hacer*» significa también el abstenerse de hacer algo contra lo convenido y procurar que no se haga. (Paul. 34 ed.)”.² El texto normativo ordena actuar de una determinada manera pero, el jurista, entiende que no sólo manda actuar en tal sentido sino, a su vez, no actuar contra lo convenido y procurar que nadie haga tal cosa: en la orden de actuar como se debe, está incluida la orden de no actuar como no se debe.

Una regla similar a la anterior es este pasaje de Ulpiano: “Sólo *puede no querer* quien *puede querer*. (Ulp. 3 Sab.)”.³ La atribución de la norma es la de querer pero, en ella, el intérprete incluye el no querer.

En la teoría de la interpretación jurídica todo ello tiene que ver con dos variables de trabajo: la literalidad del texto y la *razón de la norma o ratio legis*. La norma es expresada en palabras de un idioma determinado y tiene el significado literal que esa gramática y ese diccionario indican. Eventualmente, una palabra podrá tener un significado jurídico específico y, consiguientemente, éste será el utilizado para la interpretación literal.

De otro lado, la razón de la norma es la finalidad para la cual ella existe. La teoría de la interpretación jurídica dice que dicha razón sólo debe ser buscada dentro del texto mismo de la norma, como una especie de sentido teleológico propio. Se diferencia la *razón de la norma* de la *razón del legislador*. Esta última consiste en los motivos expresados por quien propuso o aprobó el dispositivo legal. Por consiguiente,

1 D.50.16.9

2 D.50.16.189

3 D.50.17.3

El mismo *Digesto* dijo respecto de este tema: “La frase «en virtud de las leyes» debe entenderse en el sentido de conformidad tanto con la intención cuanto con el tenor literal de las leyes (Ulp. 3 ed.)”.⁴

En el caso anterior referente al verbo *perecer*, el intérprete incluyó en su significado lo rasgado, lo roto y lo robado porque, aún cuando las acciones sobre el bien son distintas, producen los mismos efectos para el propietario: el bien queda inutilizado. La analogía se realiza para lograr la *razón de la ley* que es la consecuencia de considerar perjudicado al dueño del bien afectado.

En el segundo fragmento citado antes se dio una atribución al sujeto de derecho mediante contrato: la de hacer determinadas cosas. Pero lo permitido es taxativo: se puede hacer lo señalado y queda excluido de la atribución lo no señalado. Por consiguiente, en la norma que permite hacer tal cosa está incluida la de no hacer lo no autorizado. Es la *razón de la norma* que en este caso ha sido establecida mediante contrato.

En el tercer caso antes citado, se establece el derecho de *querer*, en el sentido de *desear*. En otras palabras, la consecuencia jurídica queda sujeta a la decisión voluntaria del sujeto actuante: querer es tan correcto jurídicamente como no querer: en la razón misma de la existencia de un derecho está el ejercitarlo o no.

Entre nosotros, el Tribunal Constitucional ha tratado el tema del verbo *poder* y, según sea que *pueda* un particular o que *pueda* un órgano del Estado, establece consecuencias antagónicas.

En el caso de particulares, el Tribunal Constitucional dijo lo siguiente:

“3a.-(...)a.-La norma precisa que el administrado “podrá” considerar denegado el petitorio y no que “deberá” hacerlo. La norma en cuestión

4 D.50.16.6

consagra una facultad del administrado a la que, si así lo desea, podrá acogerse. No se trata de una obligación”.⁵

En cambio, tratándose de un órgano del Estado dijo:

“54.- (...) En ese contexto, el verbo poder («podrá» realizar las modificaciones (...)) no debe entenderse como que la ley otorga una facultad discrecional, sino como una autorización, para que, de existir partidas presupuéstales, el funcionario administrativo necesariamente deba disponer de aquéllas para el cumplimiento de la sentencia”.⁶

El verbo poder tiene, de esta manera, dos significados según el contexto: en el ámbito del Derecho privado equivale al significado del verbo *querer* que hemos comentado antes a propósito del *Digesto*: es una potestad que se puede ejercer o no ejercer con igual validez jurídica. Sin embargo, en el ámbito del Derecho público, no es una facultad discrecional sino un deber. Hay que decir que esta doble interpretación del significado no ha sido una regla usual en nuestro Derecho. Es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que así lo ha determinado: se trata de una opción interpretativa que adquiere valor a través de un precedente jurisprudencial.

La inclusión de significados analógicos o de elementos de la razón de la ley en las palabras de la regla jurídica, extendiendo considerablemente su significado mediante la interpretación, ocurre por la naturaleza preceptiva que tiene el Derecho y por el afán de dar una solución a todo problema que se enfrente al Derecho: la teoría pura del Derecho de Kelsen señaló que el

5 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 06 de agosto del 2002 en el Exp_1003_98_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por don Jorge Miguel Alarcón Menéndez contra los Vocales de la Corte Suprema.

6 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 29 de enero del 2004 en los Exp_0015_2001_AI_TC Y 016_2001_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo contra el Decreto de Urgencia N.º 055_2001, y demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica contra la Ley N.º 27684.

orden jurídico pretende responder a todas las necesidades de regulación de la sociedad. Como las normas son por definición incompletas, a quien aplica el Derecho le resulta indispensable extender el significado de las palabras.⁷

2. La comprensión jurídica del número gramatical.

También se ocuparon los romanos de la expresión del número gramatical señalando que, normativamente, una exigencia en plural incluye a la exigencia en singular. La cita del *Digesto* es al jurista Gayo:

“148.' No carece de «descendencia» el que tiene un solo hijo o una sola hija, pues la frase «tener descendientes» o «no tener descendientes» siempre se pone en plural, como <la tablilla de escribir o> «pugillares» y el <codicilo o> «codicilli», (Gai. 8 ad leg. lul. et Pap.)

149.' Pues de aquel de quien no podemos decir que no tiene descendientes es necesario que digamos que los tiene. (Gai. 10 ad leg. lul. et Pap.)”.⁸

La norma establece el hecho de tener descendencia en plural y el jurista entiende que quien tiene un solo descendiente también está comprendido en el mandato. En el Derecho esta transformación del plural al singular puede traer complicaciones porque es común utilizar el *argumento a contrario* según el cual lo expresamente mandado no está considerado en la norma. Así por ejemplo, si el tener descendientes fuere una limitación para ejercitar un derecho, entonces estaríamos ante una norma que debe interpretarse restrictivamente, en tanto que es el derecho lo que debe ser interpretado extensivamente. Si se analiza el razonamiento

7 Kelsen dijo: “(...) el derecho válido, sin embargo, siempre es lógicamente aplicable, puesto que no tiene «laguna» alguna en este sentido” (KELSEN, Hans ... *Teoría pura del Derecho*.- México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.- Capítulo V, p. 257).

8 D.50.16.148y 149

del *Digesto*, se puede apreciar que es el fragmento 149 el que sustenta al 148: como de quien tiene un descendiente no se puede decir que no tiene descendientes, entonces hay que considerarlo dentro de la norma expresada en plural, aunque sólo le pueda ser aplicable el singular: el jurista es conciente que está extendiendo el significado de la regla jurídica y, por ello, tiene que dar una razón para su interpretación.

Desde luego, hay que anotar que existe un error de expresión del legislador cuando la norma jurídica dice “tener descendientes” y la *ratio legis* incluye el caso en el que solamente exista un descendiente. Todo hubiera sido más sencillo si el autor de la ley se hubiera limitado a decir “tener descendencia”. A lo largo de este trabajo iremos anotando diversos aspectos en los que el legislador debería ser cuidadoso en el lenguaje que usa para evitar equívocos, ambigüedades, amfibologías, etc. Muchas veces, las indeterminaciones del Derecho provienen de las deficiencias del proceso legislativo pues quien hace la ley o bien no cuida en absoluto el lenguaje, o sólo se ocupa de que la norma esté *bien redactada*. Pero eso no es suficiente, como nos lo muestran estos ejemplos traídos del Derecho Romano: también es indispensable que el legislador dé tasa y medida a lo que quiere mandar, a través del uso correcto del lenguaje normativo.

3. El adecuado uso de los tiempos verbales.

También el *Digesto* se ocupa de los tiempos verbales y, desde luego, éste es un tema resaltante en el Derecho porque, como bien se sabe, hay que optar por redactar las normas jurídicas en presente o en futuro y, una vez tomada la decisión, ser estricto en su aplicación para evitar confusiones. Justiniano dice al respecto:

El verbo <futuro> «será» a veces se refiere también al pretérito y no sólo al futuro. Cuando se confirma en el testamento un codicilo de esta forma: «lo que será escrito en el codicilo», hay que saber si se refiere al tiempo futuro o también al pretérito, si es que el testador deja escrito un codicilo; lo que deberá interpretarse según

la voluntad del testador. Del mismo modo que el verbo «es» <o «está»> se refiere, no sólo al tiempo presente, sino al pretérito, así también el verbo «será» se refiere, no sólo al futuro, sino también al pretérito; porque cuando decimos «Lucio Ticio está liberado de la obligación» nos referimos al pretérito y al presente, como cuando decimos que «Lucio Ticio está <obligado>» y así también, si decimos «Troya es conquistada», esta frase no se refiere a un hecho presente, sino pretérito. (lav. 26 ad Q. Muc.).⁹

El testador, mientras redacta el testamento, anuncia que a continuación escribirá una cierta cláusula sobre su última voluntad en un codicilo. En efecto, redacta tal cláusula y la deja escrita de manera que, cuando su testamento finalmente se lee, después de su muerte, está escrito en futuro pero, a tal fecha, ya se refiere al pasado. Los dos ejemplos finales son más claros. La declaración de que *Lucio Ticio está liberado de la obligación*, ha sido referida en el *Digesto* al pasado y al presente pero, en verdad, también es aplicable a futuro frente a cualquier intento de exigirle el pago. En el caso de la expresión *Troya es conquistada*, si la frase fuera un concepto o un requisito jurídico que no lo es, indudablemente estaría mal redactada porque lo correcto sería escribirla en pasado.

Un ejemplo de redacción en presente que se refiere al pasado en nuestro Derecho, es el siguiente:

“Código Civil, artículo 800.” “Si el testamento que revoca a uno anterior es revocado a su vez por otro posterior, reviven las disposiciones del primero, a menos que el testador exprese su voluntad contraria”.

La consideración de si las disposiciones del primer testamento revivieron o no en virtud de la sucesión de textos testamentarios, sólo es una preocupación jurídica después de la muerte del testador, entre otras razones, porque los testamentos suelen ser secretos en todo o en parte y sólo se tiene perfecta noticia de sus contenidos cuando se abre la sucesión.

9 D.50.16.123

Por lo tanto, el artículo 800 del Código Civil debería estar redactado en pasado: regula algo que, cuando interesa, ya ocurrió.

El tiempo verbal en las expresiones jurídicas es trascendental porque las leyes cambian a lo largo del tiempo: en un determinado momento se aplica una y posteriormente se aplica otra. Muchas veces, el abogado no sabe cuál es la ley aplicable al caso en el pasado, pero tiene que hacerse la pregunta con el tiempo verbal correcto a fin de no autoinducir un error en la respuesta.

Un texto complicado en materia de tiempos es el siguiente:

“Código Civil, artículo 706.' Al testigo testamentario cuyo impedimento no fuera notorio al tiempo de su intervención, se le tiene como hábil si la opinión común así lo hubiera considerado”.

Es muy importante saber que el testigo testamentario actuó en el pasado con un impedimento que tuvo entonces y que la opinión común consideró, también entonces, que tal impedimento no era notorio. Si todo esto ocurrió en el pasado, entonces hoy lo debemos tener como un testigo hábil. En nuestras clases de Derecho toma siempre un rato largo determinar los hechos y ordenarlos en la línea de tiempo: es un análisis al que los alumnos no están acostumbrados. Desde luego, a utilizar en cada caso la forma verbal correcta tampoco. Y hay que considerar que, cuando menos en nuestra opinión, la norma está adecuadamente redactada.

Otra norma que presenta problemas de comprensión en clase, y que a nuestro juicio utiliza mal los tiempos verbales en su redacción, es la siguiente:

“Código Civil, artículo 2115.' Las partidas de los registros parroquiales referentes a los hechos realizados antes del catorce de noviembre de mil novecientos treintiséis conservan la eficacia que les atribuyen las leyes anteriores”.

La frase final debió ser redactada en pasado por el legislador porque *las leyes anteriores* ya no existen por definición (sino serían leyes vigentes) y en consecuencia ellas no *atribuyen* nada el día de hoy. Tal vez la mejor expresión sería la de “eficacia que les atribuían las leyes anteriores” porque importa señalar que dichas leyes dieron eficacia a tales partidas durante un cierto lapso en el pasado.

Salvo este error, la norma nos parece correctamente redactada. Pero, dentro del Derecho, es muy importante notar que para usarla adecuadamente hay que tener en cuenta varios significados temporales implícitos o, cuando menos, no claramente establecidos en la redacción, y que exigen un esfuerzo especial de comprensión que nuestros estudiantes siempre tienen dificultad de precisar. Ellos son los siguientes:

En primer lugar, hay una *ley actual* por contraposición a las *leyes anteriores*. Aquélla es el Código Civil hoy vigente, y que adquirió tal condición el 14 de noviembre de 1984. Por tanto, el abogado tiene que darse cuenta con la redacción existente, que las *leyes anteriores son* aquellas que estuvieron vigentes antes de dicha fecha.

En segundo lugar, hay que notar que las partidas registrales se refieren a hechos realizados antes del 14 de noviembre de 1936 y es difícil saber porqué. La razón es histórica y consiste en que en esta fecha entró en vigencia el Código Civil previo que generalizó la existencia de los registros públicos en el país. Por consiguiente, todos los hechos ocurridos a partir de tal fecha debieron ya tener partida de registros públicos. Este no es un dato evidente y no es fácil reparar en él.

En tercer lugar, las partidas de los registros parroquiales pudieron ser asentadas luego del 14 de noviembre de 1936 pero sólo pudieron referirse a hechos anteriores a esta fecha.

Es fácil ver que la simpleza de la norma redactada en el artículo 2115 del Código Civil, no anuncia la complejidad del razonamiento temporal que debe hacer el abogado para aplicar tal dispositivo. A su vez, éste debe tener una cierta destreza en el manejo de los tiempos verbales

para comprender con claridad qué es lo que pasó antes y qué debe ocurrir ahora. Sólo así podrá, el día de hoy, dar valor a una partida parroquial referente a hechos del pasado.

Esta reflexión sobre la aplicación temporal de las normas jurídicas, y sobre las complejidad del trabajo de fijación de hechos y consecuencias en el tiempo que tiene que hacer el profesional del Derecho, produce dos conclusiones muy importantes: la primera, nuevamente, que el legislador debe poner cuidado especial en redactar las normas utilizando correctamente los tiempos verbales. La segunda, que a todo buen abogado le conviene repasar (y saber aplicar) las conjugaciones en toda su riqueza: mientras más sepa de ello, será sin duda un abogado más preciso en la determinación de los hechos, de los problemas jurídicos y de las soluciones a aportar. Lo inverso puede llegar a ser terrible: equivocar la sucesión de hechos resultará muchas veces determinante de errores incorregibles y, desde luego, será un descalabro profesional el aplicar una norma inexistente en la fecha de los hechos, por no haber sabido darse cuenta (o peor aún, por no haber podido expresar adecuadamente) la sucesión temporal existente en el caso.

4. La significación normativa de las conjunciones.

Las conjunciones fueron ampliamente tratadas en el Derecho Romano por sus efectos concretos en la determinación del contenido de las normas.

Nuestra conjunción “y” fue tratada de la siguiente manera: “Dice Labeón que la forma conjuntiva <<y>> a veces vale como disyuntiva, como, por ejemplo, en la estipulación que se hace «para mí y mi heredero», «de ti y tu heredero» (Paul. 21 ed)”.¹⁰

En el Derecho, normalmente “y” junta dos elementos para darles el correcto sentido normativo. Por ejemplo, el artículo 201 del Código

10 D.50.16.29

Civil vigente en el Perú dice: “El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte”. Es muy claro que el error sólo permitirá anular el acto jurídico si confluyen dos elementos indispensables: que sea esencial en la configuración de la decisión voluntaria del que yerra y, simultáneamente, que haya sido un error que la otra parte pudo conocer en el momento en que ocurrió. Si falta uno de estos dos requisitos, el error no conducirá a la anulación del acto realizado.

Pero el artículo 1944 del Código Civil dice en su parte inicial: “*El juego y la apuesta prohibidos son los expresamente indicados en la ley*”. En este caso tenemos dos normas distintas: una para el juego y otra para la apuesta. El legislador debió utilizar la conjunción “o”. En todo caso, el intérprete debe entender que no hay una conjunción copulativa sino una disyuntiva.

El jurista Paulo trató algunos detalles más complicados en la siguiente cita:

Sucede a veces que la conjunción vale como disyuntiva y viceversa, y a veces, <lo que no va unido, como unido, y otras, como separado>; porque cuando los antiguos dicen «agnados y gentiles», se entiende como disyuntiva, pero cuando se dice <en las Doce Tablas> «sobre su pecunia o tutela», el tutor no puede nombrarse separadamente sin disponer sobre los bienes; cuando decimos «lo que he dado o donado», abarcamos las dos cosas, pero cuando decimos «lo que él debe dar <y> hacer», basta probar una de las dos cosas; cuando dice el pretor «si redimiera la donación, regalo o servicios», si se impusieron todas estas cosas <al esclavo en la manumisión>, es claro que deben redimirse todas, de modo que se tienen por unidas por sí mismas; (1) pero si sólo se impuso alguna de ellas, no se exigen las otras. (2) También se ha dudado acerca de cómo deben entenderse los términos «por obra o consejo», si conjunta o separadamente; pero es más cierto lo que dice Labeón de que deben entenderse separadas, pues el acto del que hurta «por obra» es distinto del acto del que lo hace «por consejo», y por eso procede la condición contra el primero y no contra el segundo. Claro que la autoridad de los antiguos ha llevado a considerar que

nadie ha hurtado «por obra» sino tuviera intención maliciosa, y que, por otro lado, no es punible el «consejo» si no va seguido del acto de hurtar (Paul. 59 ed.).¹¹

La expresión “agnados y gentiles” tiene que ser disyuntiva porque los agnados están bajo la potestad del mismo padre y los gentiles, por definición, no lo están. Son, por tanto, dos grupos de personas totalmente distintos dentro del tratamiento jurídico familiar romano.

La segunda expresión: “sobre su pecunia o tutela” tiene una complicación conceptual según Paulo: no puede haber tutor que no disponga de los bienes de su pupilo (sujeto a ciertas reglas desde luego). Por tanto, el tutor siempre tiene que ver con la *tutela* y la *pecunia* simultáneamente. De manera que esta “o” junta. El Derecho debe decir “sobre su pecunia y tutela”. Puede verse que la conjunción disyuntiva debe ser interpretada como conjuntiva debido a la dogmática de los conceptos involucrados.

En la cita sobre la que estamos haciendo los comentarios inmediatamente anteriores, hay algunas otras expresiones jurídicas que están fuera de contexto y no pueden ser aprovechadas útilmente en este trabajo. Sin embargo, el número (2) de la cita es interesante. Se debate la expresión “por *obra o consejo*”. El caso es de un delito de hurto y las posibilidades delictivas son dos: o quien actúa comete hurto por obra (roba efectivamente) o comete hurto por consejo (aconseja a otro que robe o, de alguna otra forma, instiga a un tercero a cometer el hurto). En este caso, efectivamente, funciona la disyunción de una manera absoluta: el hurto por obra consiste en realizar la acción de apoderarse de la cosa ajena. El hurto por consejo consiste en inducir a otro a hurtar. Dice Paulo que el hurto por obra requiere de dolo o intención maliciosa pero, el hurto por consejo requiere además que el *aconsejado o inducido*, efectivamente hurte. Son dos figuras distintas y la disyunción es aquí procedente.

A los romanos, la disyunción se les apareció como tal y como subdisyunción. La cita es la siguiente:

11 D.50.16.53

La frase «aquel o aquel otro», no sólo es disyuntiva, sino también subdisyuntiva. Es disyuntiva cuando decimos «es de día o es de noche», donde cada término excluye al otro, y suprimido uno se impone el otro. La misma frase puede ser subdisyuntiva, y hay dos clases de subdisyuntiva: una, cuando, los términos de la oración no pueden ser los dos a la vez, pero puede no ser ninguno de ellos, como cuando decimos «está sentado o anda», pues del mismo modo que no pueden hacerse las dos cosas a la vez, puede también no hacerse ninguna de las dos, por ejemplo, estar acostado; la segunda clase de subdisyuntivas es cuando, los términos de la oración no pueden dejar de ser alguno, pero pueden ser los dos a la vez, como cuando decimos que «todo animal hace o padece», pues no hay animal que no haga o no padezca, pero puede hacer y padecer al mismo tiempo. (Proc. 2 epist.).¹²

Desde el punto de vista normativo el texto justiniano presenta tres posibilidades de uso de la conjunción “o” que tienen perfecta aplicación en el Derecho desde entonces hasta hoy:

La primera es la que Justiniano presenta como disyunción, en la cual un término excluye al otro pero uno de los dos debe aplicarse de todas maneras. El ejemplo es “*aquel o aquel otro*”. Podemos reconocerlo en nuestra legislación, por ejemplo, en el siguiente artículo:

“Código Penal, artículo 111.- El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas (...)”.

Probado el homicidio culposo o se condena a pena privativa de la libertad o a realizar servicios comunitarios. No se puede sancionar con dos penas por un solo delito pero tampoco se puede absolver al culpable.

12 D.50.16.124

En estos casos, el dilema de quien aplica el Derecho es explícito y se hace sencillo: tiene que elegir uno de los dos términos presentes en el texto de la norma y, ambos, excluyen a cualquier otro porque no se puede imponer pena no prevista en la ley (artículo 2 inciso 24 literal d. de la Constitución). El trabajo aquí se reduce a la exégesis del texto pues no hay otra posibilidad normativa fuera de él.

La segunda posibilidad de aplicación de la conjunción “o” en el Derecho es la que Justiniano llama primera clase de subdisyunción en la cita que hicimos antes y consiste en aquella norma según la cual: o bien no pueden ocurrir los dos términos a la vez sino solo uno de ellos, o bien puede no ocurrir ninguno. El ejemplo justiniano es predicar de alguien que *está sentado o anda*. Podemos encontrar este caso, por ejemplo, en la siguiente norma:

“Código Civil, artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (...)”.

El daño puede haber sido producido por dolo o por culpa. El primer caso ocurre cuando hay intención de causar el resultado. El segundo cuando, sin intención, se causa el daño por negligencia, imprudencia o impericia. El daño puede ocurrir por dolo o por culpa, pero no hay daño con dolo y culpa. Una de las calificaciones de la responsabilidad excluye necesariamente a la otra.

Sin embargo, no son las únicas posibilidades de existencia de responsabilidad por daño, como demuestra el siguiente artículo del mismo cuerpo legislativo:

“Código Civil, artículo 1970.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

La responsabilidad de la que trata el artículo 1969 es la denominada *subjetiva*. La del artículo 1970 es la *objetiva*. Un ejemplo de esta última es la responsabilidad de una línea aérea por un accidente en vuelo: aunque

se demuestre que la empresa hizo adecuado mantenimiento del avión y cumplió las demás reglas aplicables (como el descanso de la tripulación, etc.), si se produce el daño, la aerolínea indemniza porque usa un bien riesgoso.

Frente a casos como éste, quien aplica el Derecho tiene que saber que la conjunción “o” no es puramente disyuntiva y que caben otras posibilidades normativas que pueden estar ubicadas fuera del texto del artículo 1969 del Código Civil como, por ejemplo, la responsabilidad objetiva del artículo 1970. En consecuencia, no puede trabajar exegéticamente como en el caso anterior, sino dogmáticamente, refiriéndose a todo el universo que incluye tanto la responsabilidad subjetiva como la objetiva. Es decir, en este caso denominado de primera subdisyunción por el *Digesto*, hay que trabajar en base a todos los conceptos posibles de responsabilidad y no sólo con los de dolo y culpa.

Sin embargo, en el Derecho puede no ser fácil distinguir este caso de subdisyunción, del anterior que hemos denominado disyunción. Por ejemplo, puede suceder que el Código Civil regule exclusivamente la responsabilidad subjetiva y que otro cuerpo legislativo, por ejemplo el Código de Tránsito o la Ley de Aeronáutica Civil, regule la responsabilidad objetiva. Si el abogado consulta sólo el Código Civil puede fácilmente llegar a la conclusión de que no existe responsabilidad objetiva haciendo una operación que en el Derecho denominamos *argumento a contrario*. La idea de buscar la responsabilidad objetiva en otros textos legislativos sólo pasará por su cabeza si sabe que la conjunción “o” tiene más de un posible significado en la lengua española porque, este tema de las conjunciones pertenece exclusivamente al idioma: no tiene contenido jurídico aunque es esencial para interpretar correctamente las normas aplicables. La buena formación del abogado en el idioma, lo hará pensar mejor todas las posibilidades que el Derecho plantee ante un problema determinado.

La tercera posibilidad de uso de la conjunción “o” es aquella denominada segunda subdisyunción por Justiniano: de los dos términos de la oración, debe ocurrir necesariamente uno pero también pueden ocurrir los dos. Dice nuestra cita que es el caso de la expresión *todo animal*

hace o padece. En el Derecho contemporáneo podemos encontrar lo siguiente:

“Código Civil, artículo VI del Título Preliminar.' (...)

El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia”.

Este dispositivo legal no es una disyunción como el primer caso de éstos que analizamos: el interés moral puede referirse al agente, a su familia, o a ambos. El tema no presenta complicaciones pues debe resolverse exegéticamente, dentro del texto normativo mismo. Sólo hay que saber, desde el punto de vista del idioma, que la conjunción “o”, no conduce necesariamente a la exclusión de uno de los términos por el otro: también pueden ser aplicables el uno y el otro. De tal manera que la autorización de la acción en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil es para tres casos: cuando se trata del interés moral del agente, de su familia o del agente y de su familia simultáneamente.

Paulo, el notabilísimo jurista romano, comenta un problema de conjunciones a propósito de un caso que, previamente, había sido ya tratado por Juliano, otro insigne jurista:

(...) <Cuando se dice:> «Lucio Ticio sea heredero en una mitad; Seyo sea heredero en la parte en la que instituí a Lucio Ticio; Sempronio sea heredero en una mitad», puede dudarse, según Juliano, si se han hecho tres partes de seis onzas cada una o si Ticio ha sido instituido en la misma mitad en que Cayo Seyo, pero por el hecho de que Sempronio haya sido instituido también en la mitad es más verosímil que ambos herederos <Ticio y Seyo> hayan sido instituidos herederos conjuntamente y unidos en una misma mitad. (Paul. 6 ad leg. lul et Pap.).

Los testamentos pueden ser redactados por cualquier testador, entendido o no en el Derecho, con mucha o poca capacidad de discernimiento o de expresión escrita. Pero sólo sirven cuando quien los

elaboró ya está muerto: su voluntad no puede ser consultada sino que debe, necesariamente, ser interpretada.

La expresión testametraria que comentan Juliano y Paulo puede volver a presentarse. El dilema será el mismo.

Las conjunciones, como vemos, son trascendentales en el Derecho: permiten interpretaciones varias y a veces contradictorias del mismo texto. Esto hace ver que quien elabora la norma (legislador, testador, parte del contrato, etc.) tiene que hacer un esfuerzo lingüístico para utilizar adecuadamente las conjunciones, dando así un claro significado a la prescripción. Por su parte, quien aplica la norma, tiene también que saber las diversas posibilidades de interpretación idiomática de las conjunciones, para así llegar al correcto significado o, en todo caso, al conjunto de posibilidades normativas existentes (como en el caso de la primera subdisyunción presentada por el Digesto). En cualquier circunstancia, esto hace muy claro que un manejo fino del idioma es esencial para diseñar e interpretar los textos normativos.

5. La expresión de las normas bajo forma de doble negación.

Dice el *Digesto* citando al jurista Gayo:

“Dos negaciones, de una ley, permiten más que prohíben, como lo advierte también Servio <Sulpicio Rufo>. (Gai. 5 ad leg XII Tab.)”.¹³

La doble negación contiene, en realidad, dos normas: una, la expresada en el texto y, otra, su inversión a norma positiva retirando las dos negaciones.

Un ejemplo simple de doble negación en el Derecho es el siguiente:

¹³ D.50.16.237

“Código Civil, artículo 397.' El hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro”.

La inversión dirá: “el hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges puede vivir en la casa conyugal con el asentimiento del otro”.

A veces, sin embargo, la doble negación no parece tal lingüísticamente hablando y sólo tiene explicación, enmascarada tras un aspecto dogmático del Derecho. Por ejemplo:

“Constitución, artículo 120.' Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial”.

En esta norma una de las negaciones es el concepto de “nulo”, que jurídicamente es equivalente a “no válido”.

De acuerdo a su texto, este artículo establece que si un acto del Presidente carece de refrendación ministerial, entonces es nulo o, lo que es lo mismo, no válido.

Ahora bien, si tomamos la máxima de Gallo que citamos antes del *Digesto* de Justiniano, podríamos afirmar que en el artículo 120 de la Constitución también se dice que si un acto del Presidente tiene refrendación ministerial, entonces es válido. Sin embargo, hay que andar con cuidado en este manejo de la norma pues tal conclusión no sería absolutamente cierta: si por ejemplo un decreto presidencial con firma ministerial estableciera una norma claramente inconstitucional, sería inválido, no por la falta de firma sino por su contenido.

En la teoría del Derecho se ha recogido la triple subdivisión de las proposiciones implicativas en extensivas, intensivas y recíprocas. Las extensivas dicen que “siempre que A, entonces B”; las intensivas dicen que “solo si A, entonces B”; las recíprocas dicen que “solo y siempre que A, entonces B”.

Nuestra experiencia trabajando con estos elementos de juicio nos ha hecho concluir que sólo las proposiciones implicativas recíprocas de doble negación pueden ser convertidas en recíprocas afirmativas. Sin embargo, la extensiva de doble negación se convierte en una intensiva afirmativa. Lo propio pasa con las intensivas de doble negación: se convierten en extensivas afirmativas.

El ejemplo del artículo 120 de la Constitución es una implicación extensiva negativa porque manda que “siempre que un acto presidencial carezca de firma, es nulo”. No manda que “solo si carece de firma es nulo”, porque también puede llegar a serlo si, con todas las firmas requeridas, manda algo abiertamente inconstitucional.

Su inversión a norma positiva será intensiva y dirá que “solo si el acto presidencial tiene firma es válido”, pero no podrá afirmar que lo será “siempre” por las razones ya indicadas.

Ante una norma de doble negación que no precisa si es una implicación extensiva, intensiva o recíproca, quien aplica el Derecho debe preguntarse por ello y responder, antes de pretender la inversión hacia la norma positiva. Si no lo hace, puede correr el peligro de sostener, por ejemplo, que un acto presidencial impecable en materia de firmas pero inconstitucional en su contenido, pueda ser considerado válido.

Aquí es preciso hacer una digresión en relación al argumento a contrario: consiste éste en introducir dos negaciones en la norma existente para, así, lograr una norma inversa. Por ejemplo, ante la norma que dice “el Tribunal Constitucional conoce en instancia única la acción de inconstitucionalidad de las leyes”, nosotros podemos ensayar el siguiente argumento a contrario: “el órgano que no sea el Tribunal Constitucional, no puede conocer la acción de inconstitucionalidad de las leyes”. En este caso, el argumento a contrario es correcto porque la norma señalada es una implicación recíproca.

Pero muchas veces el argumento a contrario es inválido. Por ejemplo, antes hemos ya mencionado el artículo 1969 del Código Civil según el cual todo aquel que causa un daño con dolo o con culpa debe indemnizar. La utilización del argumento a contrario para decir: “si el daño no se causó con dolo o con culpa entonces no hay que indemnizar”, es incorrecta porque podrá haber una indemnización por responsabilidad objetiva como también indicamos oportunamente (según lo establece el artículo 1970 del Código Civil).

La validez del argumento a contrario depende de que no haya en todo el sistema jurídico alguna norma que impida aplicarlo y eso le da mucha debilidad como instrumento de argumentación.

A la inversa, cuando quien aplica el Derecho se funda en el contenido literal de la norma jurídica, tiene uno de los argumentos jurídicos más fuertes que se puede obtener.¹⁴

Lo interesante de todo ello consiste en que tanto la elaboración de un argumento a contrario, como la conversión de una doble negación en una afirmación, son procedimientos lógicos idénticos.¹⁵ Sin embargo, como *dos negaciones de una ley permiten más que prohíben*, el resultado de convertir una doble negación en una proposición afirmativa es aplicación del sólido método literal, en tanto que el argumento a contrario resulta

14 El contenido literal de la norma es fundamental en muchas disciplinas del Derecho (por ejemplo en el Derecho Civil, en Procesal o en el Penal). En otros ámbitos del Derecho no siempre es decisivo aunque mantiene su importancia. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha dicho en el Perú: “ 1. En materia de derechos fundamentales el operador judicial no puede sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que, rara vez, la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 27 de marzo del 2003 en el Exp_1941_2002_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por don Luis Felipe Almenara Bryson contra el Consejo Nacional de la Magistratura).

15 Cuando se elabora el argumento a contrario se introduce dos negaciones que invierten el significado de la norma. Cuando se realiza la inversión de la doble negación, también se introducen dos negaciones en el texto y, las dobles negaciones resultantes, lo convierten en una afirmación.

significativamente débil y, la mayoría de las veces, tiene validez incierta, carente de seguridad.

De esto pueden concluirse varias cosas para el Derecho. La primera, que la doble negación y el argumento a contrario son similares en cuanto al procedimiento de introducir dos negaciones en la norma. La segunda, que la doble negación contiene la afirmación invertida y, por consiguiente, tanto la norma de doble negación como la afirmativa, son aplicación del método literal que es un argumento sólido en el Derecho. La tercera, que es muy importante que quien aplica el Derecho sepa distinguir las normas con doble negación de las que carecen de ella. Sólo así tendrá verdadera certeza de la consistencia argumentativa que está utilizando.

Como podemos apreciar, la norma expresada bajo forma de doble negación presenta problemas de comprensión y de significación normativa en el Derecho. Por ello, parece recomendable no utilizarla al legislar. Quien dicta la norma siempre puede hacerlo en positivo, ahorrando malos entendidos, tanto lógicos como lingüísticos.

Para finalizar, diremos que la revisión de los textos del *Digesto* de Justiniano muestra que, desde dos milenios atrás, los juristas han notado las vinculaciones entre el Derecho y el idioma. Han utilizado este vínculo para desarrollar sus mecanismos intelectuales y para dar claridad a la interpretación correcta de los textos.

Para la persona especializada en leyes esto debe significar un estímulo que la lleve a profundizar su conocimiento del idioma para ser mejor en su misma profesión de abogado. Para el legislador, aparecen una serie de reglas que pueden elaborarse de forma práctica, de manera que al redactar las normas jurídicas, tome en consideración una serie de aspectos lingüísticos que, de ser debidamente observados, pueden mejorar significativamente tanto la claridad de las normas como el uso que los seres humanos hacemos de ellas.

Un mejor conocimiento de la relación entre el Derecho y el idioma, sin duda, conducirá a que la justicia tenga mejor ajustada la venda de los ojos y, también, a que use con mayor precisión la balanza con que cuenta.

Muchas gracias.