

La Acción Publiciana y su estructura desde la idea de *la fictio* romana.

Sumario. 1.-Introducción. 2.-Las ficciones en el derecho romano. 3.-Análisis histórico doctrinal de las ficciones jurídicas en el derecho moderno. 4.-Las ficciones jurídicas como normas jurídicas remisivas dentro de la teoría del derecho. 5.-Concepto y características de las ficciones. 6.-Las ficciones en el derecho chileno vigente. 7.-Las ficciones en el sistema jurídico. 8.-Conclusiones.

1.-Introducción

Las tradicionales teorías de derecho positivo, concuerdan en entender el Derecho exclusivamente como Derecho “positivo” y rechazan como “acientífica” la cuestión relativa a principios jurídicos “suprapositivos” o de validez de “Derecho Natural” o la idea del Derecho con un sentido material a priori de todo Derecho¹. Esta visión del Derecho es modificada durante el siglo XX gracias al aporte del jurista Karl Larenz, quien ofrece un método a la ciencia del derecho que posibilita que éste sea entendido como ciencia escindida de los métodos científicos-naturales que prevalecieron hasta ese tiempo². Esta ciencia del derecho tiene por destino regir realidades en cuanto ciencia o expresión legislativa, y necesita para estructurar o explicar sus construcciones jurídicas, recurrir a la teoría y a medios abstractos. Entre éstos puede mencionarse a la ficción, instrumento de técnica legislativa, tema objeto de nuestro trabajo.

Abordaremos el tema de las ficciones jurídicas dentro de la teoría del derecho cuyo fundamento lo encontramos en el positivismo jurídico. No obstante lo anterior es en el derecho romano donde por primera vez surgen ficciones jurídicas carentes de estructura teórica.

El presente trabajo de investigación se divide en ocho apartados. El primero de ellos es introductorio del tema. En el segundo nos proponemos definir el objeto de las ficciones jurídicas en el derecho romano. En el tercer apartado analizaremos críticamente el desarrollo histórico doctrinal de las ficciones jurídicas en el derecho moderno. En el cuarto apartado, definiremos a las ficciones jurídicas como normas jurídicas remisivas, fundando nuestro tema dentro de la teoría del derecho y acercarnos con ellos al concepto de ordenamiento jurídico. En el quinto apartado vincularemos el concepto y las características de las ficciones jurídicas en cuanto pertenecientes a las normas jurídicas remisivas. En el sexto apartado definiremos algunas ficciones vigentes en nuestro derecho positivo chileno. En el séptimo apartado vincularemos a las

¹Larenz, Karl “Metodología de la Ciencia del Derecho.” Editorial Ariel S.A. Barcelona, 2001, p.59.

²Ibid. p.25.

ficciones jurídicas dentro del sistema de derecho y por último ofreceremos conclusiones preceptivas que orienten a los juristas en los estudios dogmáticos sobre el tema de las ficciones jurídicas.

2.-Las Ficciones Jurídicas en el derecho romano

El trabajo de Guzmán Brito titulado “*sobre el objeto de las ficciones pretorias*”³ nos permite adentrarnos en el tema de las ficciones desde una perspectiva histórica.

Las ficciones jurídicas en el derecho romano recaían sobre las llamadas “calidades jurídicas” y nunca sobre los hechos del mundo material. A continuación Guzmán Brito alude al concepto de ficción en función del objeto, como es su proposición; “si definimos funcionalmente una ficción como el considerar existente lo inexistente y viceversa, lo anterior viene a significar que una ficción da por existente una calidad jurídica inexistente, atribuyéndola a cierto individuo que realmente no la posee, o al contrario; pero jamás dichas existencias o inexistencias fingidas se refieren a hechos materiales, verdadera y respectivamente inexistentes o existentes.”⁴

La única excepción que se conoció en el derecho romano al concepto que se ofrece en el párrafo anterior es la ficción que contiene la acción *publiciana*, en donde lo fingido es el transcurso de un plazo.⁵ En este caso el objeto de la ficción recae efectivamente sobre una situación de hecho y no sobre una calidad jurídica.

Tradicionalmente los estudios del derecho romano han sostenido que las ficciones tenían por objeto dar por existente o inexistente un hecho realmente inexistente o existente. Para desmentir esta postura en materia de ficciones, Guzmán Brito analiza tres fuentes; la primera de ellas se refiere al decreto del pretor llamado *bonorum possessio*. En este decreto lo que se finge es la calidad de heredero que es según la expresión de Guzmán Brito una “calidad jurídica”. El pretor concedía tanto a favor como en contra del *bonorum possessore* “sucesor” las correspondientes acciones como si fuera heredero, pero introduciendo en la fórmula respectiva la ficción “*si heres esset.*”⁶

³ Guzmán Brito, Alejandro. “Sobre el objeto de las ficciones pretorias” *Revista de Estudios Históricos Jurídicos*, Universidad Católica de Valparaíso N° 12, 1988, p.51 y ss.

⁴Ibid. p.51.

⁵Ibidem.

⁶Gai. 4. 34. Si fuere heredero.

La segunda situación extraída de las fuentes se refiere al comprador de un patrimonio vendido en ejecución concursal llamado *bonorumemptor*, quien al no hacerse dueño de lo que compra en ejecución forzada, el pretor le permite el uso de las acciones activas y pasivas con cláusula *serviana* que incluían la ficción “*si heresesset.*” La tercera situación se refiere al caso del fideicomiso a quien el heredero fiduciario ha restituido la herencia. El que recibía la herencia era el fideicomisario, pero como en principio el fiduciario que cedía era el heredero, las acciones existentes a favor y en contra del causante pasaban al fiduciario. El *senadoconsulto trebeliano* dispuso que dichas acciones correspondieran a favor y en contra del fideicomisario, el pretor concedió las acciones con ficción de heredero como en los casos anteriores.

Se conoció también en el derecho romano la ficción “*si civisromanusesset.*”⁷ El pretor extendió la calidad jurídica de ciudadano romano a aquellos que no eran otorgando la correspondiente acción con la ficción “*si civisromanusesset.*” La calidad de ciudadano romano es jurídica y no un hecho del mundo material.

Se conocieron otras ficciones a las que no nos referiremos por exceder los límites de este trabajo. Los ejemplos expuestos son suficientes para explicar que el objeto de las ficciones es una calidad jurídica y no un hecho, salvo en el caso de la conocida ficción contenida en la acción *publiciana*.⁸

La idea de Guzmán Brito rompe con la creencia tradicional que en el derecho romano las ficciones recaían sobre hechos y no sobre “las calidades jurídicas.” Autores como Betti,⁹ García Garrido,¹⁰ Arangio Ruiz,¹¹ Kaser,¹² e Iglesias,¹³ participaron de la idea tradicional.

Termina Guzmán Brito señalando que la diferencia entre los hechos y las calidades jurídicas, los romanos la resolvían por el expediente de las acciones *in factumconceptae*, o acciones con referencia directa a un hecho, sin fundamento en el derecho civil. Los efectos de usar una acción *in factum* eran los mismos que tratándose de una acción ficticia, la diferencia estribaba en que si lo que se quería superar del derecho civil era un elemento perteneciente al mundo natural se usaba de una *actio in factum*, en cambio si lo que se quería superar del derecho civil

⁷ Si fuere ciudadano romano.

⁸ Vid. Acápite 2.

⁹ Betti, Emilio, *istituzioni di diritto romano*, Padova, 1947, p. 287.

¹⁰ García Garrido, Manuel, Sobre los verdaderos límites de la ficción en el derecho romano, en *AHDE*, 37 (1957), p. 1-38.

¹¹ Guzmán Brito, ob. Cit. P. 52.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

era una calidad jurídica entonces el pretor concedía la acción ficticia. La razón final concluye Guzmán Brito se encuentra en el carácter constructivo de lo jurídico frente al carácter natural de lo fáctico.

Esta interesante división entre hechos y calidades jurídicas que hace Guzmán Brito a propósito de las ficciones, justifica y delimita con precisión el objeto de las acciones con referencia a una ficción y a las acciones con referencia a un hecho.

El derecho medieval define la ficción de la siguiente manera; “*legisadversusveritatem in re possibili, ac ex iusta causa dispositio.*” Este concepto fue usado por un jurista medieval de nombre *Aliciato*. Según los canonistas de la Iglesia esta definición es muy parecida a la que tenía en el derecho romano.¹⁴ Esta última opinión está basada en el concepto tradicional, que define a la ficción sobre la base de los hechos. Para el objeto de nuestro trabajo de investigación no tiene interés examinar el origen histórico de esta definición ni menos compararla con el derecho romano.

3.-Análisis histórico-doctrinal de las ficciones jurídicas en el derecho moderno

A continuación expondremos el modo como ha llegado a nuestro derecho el concepto de “*fictio iuris*”, haciendo un análisis crítico de las opiniones de R. Von Ihering, Savigny, Hans Vaihinger y Kelsen.

Ihering en su célebre obra “*El Espíritu del Derecho Romano,*”¹⁵ título III, Libro II, bajo la rúbrica “*Técnica del derecho antiguo*”, se dedica a estudiar aquellos medios artificiales con los que la jurisprudencia romana hizo frente a aquellas relaciones que la vida de continuo iba ofreciendo y presentando y que la rigidez del *iuscivile* obstaculizaba regularmente.¹⁶

Primero, Ihering trata los actos de construcción y aparentes, luego se detiene en el estudio de la ficción e indica como lentamente fue extinguiéndose a favor de la extensión por analogía.

Ihering vincula los actos aparentes y la ficción en una concepción casi idéntica. Lo expresa así: “El acto aparente, no persigue más que un fin puramente

¹⁴ Llano Cifuentes, Rafael, *Naturaleza jurídica de la fictio iuris*. Ediciones Rialp. S.A. Madrid, 1963, p. 72.

¹⁵ Ihering, Rudolph, *El Espíritu del derecho romano*, Librería Editorial de Bailly y Balilliere e hijos, Madrid, 1892, versión española y notas por Enrique Príncipe y Satorres, Tomo III.

¹⁶ Cfr. Lorca Navarrete, José F., *El Derecho Natural hoy, a propósito de las ficciones jurídicas*. Ediciones Pirámide, S.A. Madrid, 1978, p. 88.

técnico, el de obtener un resultado aprobado por el derecho mismo o el medio de una aplicación un tanto forzada de los medios existentes; es una mentira jurídica consagrada por la necesidad”¹⁷ Ihering agrega: “la ficción esquiva las dificultades en lugar de resolverlas, y no es más que la solución científicamente imperfecta de un problema y merece, como acto aparente, ser llamada una mentira técnica consagrada por la necesidad.”¹⁸

Ihering señala que la ficción es un acto imperfecto, y como tal toda ficción. Advierte a la ciencia que debe buscar; “lo más rápidamente posible, un medio más perfecto.”¹⁹ De aquí que la jurisprudencia hubo de optar por “la forma más elevada, corona del edificio jurídico: la extensión analógica.”²⁰

El pensamiento de Ihering está inserto dentro del ideario político que había irrumpido con la Revolución Francesa, apremiaba ser reconocido y consolidado jurídicamente; no solo el ideario revolucionario afectaría a las relaciones económicas y sociales sino también a la legislación y a la *praxis* jurídica. Ihering es el primero en criticar a la ciencia pandectística de entonces y en señalar un nuevo fundamento jurídico teórico.²¹

La idea de Ihering en cuanto a que las ficciones tienen un fin puramente técnico, el de obtener un resultado aprobado por el derecho mismo, se corresponde directamente con su nueva teoría. Él opina: “La vida no existe a causa de los conceptos, sino que los conceptos existen a causa de la vida. No ha de suceder lo que la lógica postula, sino lo que postula la vida, el tráfico, el sentimiento jurídico, aunque sea lógicamente necesario o imposible.”²² Por ello, en las investigaciones siguientes sobre el derecho romano partió de la premisa siguiente: “las últimas fuentes de los conceptos jurídicos romanos tienen que ser buscadas en motivos psicológicos y prácticos, éticos e históricos”, así, la “dialéctica jurídica”, incluso cuando “había de desvelar las consecuencias de los conceptos y principios dados, se ha dejado guiar esencialmente por la conveniencia práctica del resultado.”²³

¹⁷Ihering, Rudolph, ob. cit., p. 306.

¹⁸Ihering, Rudolph, ob. cit., p.331.

¹⁹Ihering, Rudolph, ob. cit., p. 332. Observa Ihering que “las ficciones no son más que auxiliares, y se ha tenido acierto en compararlas a las muletas que la ciencia debía arrojar. Nada más cierto si la ciencia puede avanzar sin tener para ello recursos...”

²⁰Ihering, Rudolph, ob. cit., p. 336.

²¹Larenz, Karl, ob. cit., p.66.

²²Ihering, Rudolph, ob. cit., Tomo IV, Cfr. Larenz, Karl en “*Metodología de la Ciencia del Derecho.*” Ob. cit., p. 67.

²³Ihering, Rudolph, ob. cit., p. 315. Cfr. Larenz, Karl en “*Metodología...*” ob. cit., p. 67.

El concepto de Teoría del Derecho que desarrolla Ihering, lo lleva a concebir a la ficción en cuanto fin práctico. Señala en su libro *El Fin en el Derecho*,²⁴ cuyo primer tomo apareció en 1877: “La idea fundamental de la presente obra consiste en que el fin es el creador de todo el derecho, que no existe ninguna norma jurídica que no deba su origen a un fin, esto es, a un motivo práctico.” Ihering atribuye a toda norma jurídica una relación de contenido con un fin determinado, útil a la sociedad, merced la cual existe. Según la opinión de Larenz, de este modo consuma, sobre el terreno del positivismo, el abandono tanto de la jurisprudencia formal de conceptos como de una interpretación predominantemente psicológica del concepto de Derecho. Para Larenz el Derecho es la norma coactiva estatal al servicio de un fin social. Por ello, para comprender una norma jurídica, no se necesita tanto un análisis lógico o psicológico, cuanto un análisis sociológico.²⁵ El importante aporte que hace Ihering a la ciencia del derecho consiste en saber que en toda norma jurídica tiene que ser considerada también precisamente su función social: toda norma quiere configurar, en la parte que le corresponde, la existencia social, y por este motivo está referida, según su sentido a un fin social.²⁶

Pareciera ser que la influencia de Ihering fue recogida por Arturo Alessandri pues al comentar la subrogación como ficción jurídica señala: “evidencia un conflicto entre las necesidades de la vida y la lógica jurídica, debiendo el legislador preferir las primeras ya que las leyes se han hecho para satisfacer las necesidades humanas.”²⁷

Desde este punto de vista la ficción es un importante instrumento o medio de satisfacción de necesidades humanas, pues provee al legislador de un arma nueva que no se condice con una realidad objetiva, por tanto, esta se presenta insuficiente, al no encontrar en el mundo fáctico respuestas a todas las inquietudes.

Sin embargo es el autor Hans Vaihinger el que traza el discurrir histórico de las ficciones jurídicas.²⁸ Expone su pensamiento en su clásica obra *Die*

²⁴Ibidem.

²⁵Larenz, Karl, ob. cit., p. 68. Señala Larenz que esta obra de Ihering quedó sin terminar.

²⁶Ibid, p. 69.

²⁷Ibid, p. 70.

²⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo, “Curso de Derecho Civil.” *Teoría de las Obligaciones*. Editorial Nacimiento 1962, p. 309.

philosophie des Als-ob,²⁹ sus opiniones las examinaremos después de revisar primero el pensamiento de Von Savigny.

Explica Von Savigny: “si en el derecho romano surge una forma jurídica nueva, es enlazada inmediatamente con una forma vieja subsistente con la cual toma la firmeza y el perfeccionamiento de la misma. Aquí entra, según nos dice Savigny, en juego el concepto de ficción, que es sumamente importante en el desarrollo del derecho romano, así surgen la *bonorumpossessio* al lado de la *hereditas*, la *actiopubliciana* al lado de la *reivindicatio*, las *acciones útiles* al lado de las *directae*.”³⁰

Según la opinión de José Lorca Navarrete, la ficción jurídica en el derecho romano era una analogía, según se sirve de lo aseverado por Savigny, que se generó sobre la base de lo lógica. La ficción vino a significar un recurso a través del cual se asimilaba aquella figura jurídica nueva a una forma anterior, participando de los efectos de esta última. De este modo en aras de la economía legislativa y sobre todo de la necesidad que venían a satisfacer las ficciones jurídicas fueron proliferando conforme la técnica y el razonamiento lógico, alcanzando el importante papel que les reconociera Savigny. El profesor Lorca concluye lo siguiente: “Bajo este punto de vista, podemos decir, sin temor a equivocarnos, que las soluciones doctrinales apuntan hacia la consideración de la ficción jurídica como un instrumento técnico que facilita el desenvolvimiento o la dinámica del ordenamiento jurídico. Por donde, la ficción jurídica viene a confundirse con aquellos otros recursos de la técnica legislativa que pretenden igual fin, en concreto las presunciones jurídicas. Así, determinados preceptos que prescriben determinados efectos civiles o penales o determinadas responsabilidades bien pueden encuadrarse en el ámbito de la ficción o de la presunción.”³¹

Hans Vaihinger (1852-1933) es el autor que marca la dirección que habrían de tomar en la Teoría del Derecho el concepto de ficciones jurídicas. Su obra “*Die Philosophie des AlsOb*,”³² la que traducimos como “la Filosofía del Como Si,” se aproxima a las ideas de Kant. Lo que hace Vaihinger es pasar de la

²⁹ Lorca Navarrete, José F., ob. cit., p. 89. Vid. Sobre la obra de Vaihinger hemos accedido a ella por Hans Kelsen. Vaihinger, H, “*Die Philosophie des als ob. System des Theoretischen, praktischen und religiosen Fiktionem des Menschheit auf grundeines idealistischen Positivismus*”, Leipzig, 1920.

³⁰ Savigny, Frederic, “*Vom Berufunserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*”, Traducción española en Thibaut, Savigny, “*La Codificación...*” Aguilar, Madrid, 1970, p. 72.

³¹ Lorca Navarrete, José F. ob. cit., p. 91.

³² A pesar de no contar con el texto, pudimos conocer el pensamiento de Vaihinger por medio de un excelente artículo de Hans Kelsen titulado: “Reflexiones en torno de la teoría de las clasificaciones jurídicas, con especial énfasis en la filosofía del “Como Si” de Vaihinger, Artículo disponible en internet: www.unibrasil.com.br/criticajuridica/18/HansKelsen.htm

investigación filológica a la lógica y de ésta a una teoría gnoseológica del pensamiento considerado como ficción.

Vaihinger opina que exceptuando a las matemáticas, casi no existe campo alguno que se preste mejor que el derecho para la deducción de las leyes lógicas y para la ejemplificación y el desarrollo de los métodos lógicos en general y del método de la ficción en particular.³³ Para Vaihinger la ficción es “científica”. Identifica en su principio a las ficciones de la teoría del conocimiento. Así para Vaihinger, la ficción se caracteriza tanto por su objetivo como por el medio a través del cual alcanza este objetivo. El objetivo es el conocimiento de la realidad; y el medio; una falsificación, una contradicción, un artificio, un rodeo y un punto de tránsito del pensamiento. Pese a su carácter anómalo, la ficción no deja de ser un medio propio de la lógica; pertenece a la teoría del conocimiento y su importancia se deriva del hecho de que constituya un medio de conocimiento.³⁴

Este pensamiento de Vaihinger, sin duda está marcado por los desafíos de su tiempo, cual es el tránsito hacia una teoría del conocimiento. Detectamos influencia de la filosofía de la naturaleza de Kant, quien se plantea el problema del conocimiento ante la aparición de la nueva ciencia del siglo XVII. La construcción matemático-natural-científica que se servía la nueva ciencia encontró en él la justificación de su valor cognitivo, una justificación de la que estaba necesitada porque sus conceptos no aportaban otra pretensión de ser que la de *entiarationis*. Sobre la base del pensamiento de Kant, el siglo XIX, que es el de Vaihinger, se convirtió en el siglo de la teoría del conocimiento, a partir de Hegel en ese tiempo, quedó destruida la correspondencia natural e inmediata de *logos* y *ser*.³⁵ Vaihinger al ser un neokantiano no olvida que la experiencia es algo fundamentalmente distinto que el ámbito del conocimiento de la naturaleza. Entonces se abocará al análisis categorial sobre “objetos de conocimiento”.

Esta idea que expresamos la confirmamos en el mismo texto de Vaihinger que señala: “Así, para lo que sirve la ficción, es para el conocimiento de la realidad. La desviación consciente con respecto a la realidad debe preparar la consecuencia de esta última y la contradicción con la realidad constituye una de las características esenciales de la ficción.”³⁶ Sin duda este concepto difiere bastante de lo expresado por Ihering.³⁷

³³Vid., Vaihinger, “*Die Philosophie des Als Ob*,” 2ª Edición, p. 46.

³⁴ Vid., Vaihinger, “*Die Philosophie des Als Ob*,” ob. Cit., p. 175 y ss.

³⁵ Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método I, fundamentos de una Hermenéutica Filosófica*, Ediciones Sígueme, Salamanca 1993, p. 280.

³⁶ Vid., Vaihinger, “*Die philosophie des Als Ob*” ob. cit., p. 27.

³⁷ Vid., Ihering ob. cit., p. 336.

Para acercarnos a Vaihinger por medio de Kant citaremos a Mnauel García Morente, quien al comenzar la teoría gnoseológica kantiana de la crítica de la razón pura expresa: “Conocer un objeto, es referirlo al concepto a que pertenece; es propiamente reconocerlo, descubrir en él el concepto. Platón en su lenguaje mítico, decía que conocer es recordar. En efecto, cuando ante un objeto singular cualquiera veo en él como realizado en concreto el concepto, o *como sí* el objeto particular me hiciera recordar el concepto y ascendiera a la dignidad del ejemplo o paradigma del concepto. Veo la rosa y digo: es una flor, *como sí* en el lugar de la rosa presente pusiera el concepto de flor, o *como sí* la rosa la considerase como un ejemplo, un caso de la flor. A esta inclusión del objeto en el concepto llamamos propiamente definición. Y un objeto es definido, o sea conocido, cuando es incluido en el concepto sustituido por él. El concepto nos sirve pues, de instrumento para acercarnos a las cosas singulares y conferirles significación general. Conocer es hacer conceptos”³⁸ El texto que acabamos de reproducir nos acerca al concepto de ficción que nos ofrece Vaihinger, hemos puesto con letra cursiva la expresión *como sí* que es el eje central de la fundamentación de Vaihinger sobre las ficciones jurídicas *AlsOb; como sí*.

La filosofía kantiana estableció una separación estricta entre los mundos del ser y el deber ser-entre las ciencias naturales y las ciencias normativas-.Como lo vimos Vaihinger integra dentro de lo científico a las ficciones. Kelsen en cambio intenta la eliminación de la ficción del pensamiento científico-jurídico. La razón se encuentra en la distinción kelseniana de ser y deber ser, y en que tanto si la ficción ha de entenderse como un medio de conocimiento de la realidad, “una ciencia como la jurídica, cuyo fin no es conocer la realidad, no puede hacer uso de las ficciones.”³⁹

Kelsen en la *Teoría Pura del Derecho*, apoyándose en Vaihinger afirma que “la persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipóstasis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho.”⁴⁰

Desde Vaihinger, la ficción ha venido considerándose como una falsía de la realidad. La doctrina del *como sí* ha perdurado y acaso sea la que hoy se muestra más fecunda y en mejor situación de explicar el porqué de la existencia de las ficciones jurídicas. Por este motivo en el desarrollo de nuestro trabajo volveremos sobre el pensamiento del *como sí* de Vaihinger.

³⁸ Lorca Navarrete, Jose F., “*El Derecho...*” ob. cit., p. 97.

³⁹Ibid, p. 100.

⁴⁰ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1971, p. 128.

4.-Las ficciones como normas jurídicas remisivas dentro de la teoría del derecho

En este apartado nos proponemos definir a las ficciones jurídicas como normas jurídicas remisivas. Extenderemos para ello el pensamiento de Vaihinger de manera de analizar sus ideas bajo la perspectiva normativa.

Para insertar el tema de las ficciones jurídicas dentro del ordenamiento jurídico normativo, es necesario en primer lugar referirnos a la doctrina de la norma jurídica.

La norma jurídica es tanto norma de conducta para los ciudadanos como norma de decisión para los tribunales y órganos administrativos. Las reglas de derecho que contienen las normas jurídicas deben ser capaces de generalización, es decir que sean aplicables a casos similares. La norma jurídica enlaza un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica, así si se da el supuesto de hecho se genera la consecuencia jurídica.⁴¹ Este sentido el enlace del supuesto de hecho con la consecuencia jurídica, no es una afirmación sino una orden de validez. El que da la norma no dice: así es de hecho; sino que dice: así debe ser por derecho.⁴² Esta idea expresada por Larenz tiene su fundamento en la filosofía kantiana que sirvió a los juristas para sus construcciones jurídicas teóricas, en ella existen una separación entre ser y el deber ser.

Más adelante veremos como la propuesta de Vaihinger en torno a las ficciones jurídicas usará el sentido de enlace normativo; ser, deber ser para incorporar en el ordenamiento jurídico a las ficciones fundado en la teoría del derecho.⁴³

Las normas jurídicas pueden dividirse en normas jurídicas completas y normas jurídicas incompletas. Las primeras son aquellas que contienen un supuesto de hecho y enlazan a este supuesto una consecuencia jurídica. En cambio, las segundas, es decir, las normas jurídicas incompletas son aquellas en las que se determina más concretamente el supuesto de hecho, un elemento del supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de una norma jurídica completa. Las normas jurídicas incompletas son normas gramaticalmente completas pero son incompletas como normas jurídicas, esto quiere decir que participan del sentido de validez de la ley.⁴⁴

⁴¹ Cfr. Larenz, ob. cit., p. 243-245.

⁴² Ibidem.

⁴³ Este autor es el primero en incorporar el estudio de las ficciones a la teoría del derecho.

⁴⁴ Cfr. Larenz, ob. cit., p. 249.

Las normas jurídicas incompletas se clasifican en normas jurídicas aclaratorias, restrictivas y remisivas. A esta última clasificación pertenecen las ficciones jurídicas.

Las normas jurídicas remisivas son aquellas que se remiten a otras para “completarse” conforme lo ya explicitado. Uno de los medios para aplicar la remisión es la analogía, el otro la ficción.

La aplicación “análoga” significa que los elementos particulares del supuesto de hecho, regulados mediante la remisión y los de aquel supuesto de hecho a cuyas consecuencias jurídicas se remite, han de ponerse en relación unos con otros, de modo que los elementos que se han de considerar igualmente se asocie la misma consecuencia jurídica según la función de cada uno y su posición en la conexión de sentido del supuesto de hecho.⁴⁵

Las ficciones jurídicas, en cambio consiste en la equiparación voluntaria de algo que se sabe es desigual.⁴⁶ Esta desigualdad es conocida por aquel que se sirve de la ficción, por lo que no es adecuado identificar la ficción con la falsedad o mentira como lo hizo en un primer momento Ihering.

Las ficciones jurídicas en cuanto elaboradas por la ley, tienen por finalidad, la aplicación de la regla dada para un supuesto de hecho, es decir, se trata de remisiones ocultas. No ordena consecuencias jurídicas y por eso es una norma jurídica incompleta, sino que las consecuencias jurídicas de un supuesto de hecho se aplican a otro supuesto de hecho, es decir, la ley finge el supuesto de hecho a quien se le remite la consecuencia jurídica del otro supuesto de hecho.⁴⁷ Como las normas jurídicas contienen enunciados de validez, el legislador no afirma que el caso dos sea de hecho igual al caso uno, sino que establece para el caso dos, valen las mismas consecuencias jurídicas que el caso uno. Siguiendo lo expuesto por Vaihinger, el legislador dispone que el caso dos debe ser considerado por el que aplica la ley *como si* fuera un caso uno. La teoría del *cómo sí* de Vaihinger se construye sobre el “deber ser” del derecho, integrando a las ficciones dentro del aparataje normativo del sistema jurídico, es decir, convierte los estudios filológicos sobre ficciones jurídicas en un tema de teoría del derecho.

En algunas situaciones las ficciones jurídicas pueden cumplir la función de una norma jurídica restrictiva como ocurre si un caso dos ha de considerarse *como*

⁴⁵Larenz, ob. cit., p. 254. El autor ofrece esta definición de analogía.

⁴⁶Ibid.

⁴⁷ Cfr. Larenz, ob. cit., p. 255.

sí no fuera un caso uno, aunque de hecho fuera un caso tal, entonces la ley quiere excluir para el caso dos las consecuencias jurídicas del caso uno que de lo contrario sobrevendrían, nos encontramos en presencia de una restricción oculta.⁴⁸

La ficción cumple habitualmente una función de remisión, sin embargo en algunos casos pudiera cumplir también la función de restricción o incluso de aclaración. Para explicar mejor un concepto *como sí* dijera en un texto legal: “como cosas consumibles valen también.”

5.-Concepto y características de las ficciones jurídicas

El concepto de las ficciones jurídicas se relaciona con el análisis teórico hecho en el apartado anterior. Nos pareció adecuado para una correcta presentación del tema de investigación, primeramente referirnos a la evolución que ha experimentado el concepto de las ficciones jurídicas en los principales autores de la época moderna, una vez expuesto lo dicho, nuestro lector podrá diferenciar los conceptos de los autores que siguen las ideas que podemos denominar de análisis filológico, pre científicas que tienen a su máximo exponente en Ihering y los que siguen los conceptos que nacen a partir de la *Teoría del Conocimiento*,⁴⁹ a lo que podemos llamar neokantianos, quienes tienen su máxima expresión en la propuesta de una ciencia del derecho y de un método para su conocimiento.

Existen pocos trabajos que traten el tema de las ficciones jurídicas bajo la perspectiva de la teoría del derecho, en que se distingan los distintos estratos históricos y se desprendan del dogmatismo. No es que exista un concepto que defina lo que son las ficciones jurídicas, sino que cada una de las opiniones de los autores las tendremos que analizar conforme la *divisio* propuesta en el párrafo anterior para acercarnos a un concepto de ficciones.

Una de las consideraciones previas antes de entrar al concepto, es que cada autor que ha intentado el tema de la ficción se ha encontrado siempre al momento de señalar un concepto, en la necesidad de aclarar cual es la función del Derecho ante la realidad en determinar en qué forma se encuentra involucrada esa realidad dentro de la norma jurídica.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Cfr. Hessen, J. *Teoría del Conocimiento* (Traducción de José Gaos) Editorial Losada S.A. Buenos Aires, 1958.

La ficción jurídica pone en tela de juicio la naturaleza de la misma norma. Rafael Llano Cifuentes presenta sucintamente las relaciones de dependencia que existe entre el Derecho y la realidad social y luego determina cual es la función de la norma jurídica ante la realidad objetiva y cómo está presente, ésta en el derecho positivo.⁵⁰ Estas ideas de Llano Cifuentes me sirven para luego señalar cual es el fundamento de la *divisio* que propongo para definir el concepto de ficciones jurídicas.

Señala el profesor Llano Cifuentes: “Las ciencias naturales van dirigidas a conocer el mundo de los fenómenos físicos y a elevar los datos experimentales que resultan de ese conocimiento a leyes materiales, físicas o biológicas. La ciencia jurídica presidida por la idea de justicia intenta conocer los criterios de decisión para valorar justamente las conductas humanas. Podemos distinguir, pues dos clases de proposiciones: 1º- Aquellas que enuncian en qué consiste un ser, o indican la existencia de un hecho o analizan los fenómenos y los relacionan entre sí. Son proposiciones que tienden a mostrarnos la existencia del ser y a determinar su naturaleza. Las leyes físicas expresan una necesidad causal y tienen razón de ser en cuanto coinciden con la efectividad de los hechos. 2º- Proposiciones normativas que no enuncian qué es el ser, ni enumeran los fenómenos, ni intentan dar una explicación de su naturaleza, pero no intentando dar el enunciado de su existencia ni la expresión de las posibles conexiones del humano obrar; la norma sólo valora esa realidad social y le adjudica unas consecuencias.”⁵¹

Pareciera ser que Llano Cifuentes ha intentado resumir brevemente los dos contenidos de una proposición como lo hace Larenz⁵² diferenciando la proposición normativa en que consisten las normas jurídicas y a partir de ahí diferenciar a las distintas teorías que existen para definir a las ficciones jurídicas bajo la preceptiva de una teoría del derecho.

Nos parece que la segunda proposición se corresponde más propiamente con el carácter del derecho como ciencia escindida de la naturaleza y que busca su fundamento en las ciencias del espíritu⁵³ del cual podemos construir a partir de sus postulados una verdadera *Teoría del Derecho*, entre sus exponentes Vaihinger y Kelsen.

⁵⁰ Llano Cifuentes, Rafael, *Naturaleza Jurídica de la Fictio Iuris*, Ediciones Rialp, S.A. Madrid, 1963, p. 72.

⁵¹ Cfr. Larenz, ob. cit., p. 243. Esta clasificación propuesta por Llano Cifuentes coincide con la división que ofrece Larenz en proposiciones enunciativas y normativas.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ En contraposición con las ciencias de la naturaleza.

Recordemos la primera aproximación al concepto de ficción jurídica que hicimos citando a Ihering, quien tiene un concepto de ficción muy parecido a los actos aparentes: “El acto aparente no persigue más que un fin puramente técnico, el de obtener un resultado aprobado por el derecho mismo o el medio de una aplicación un tanto forzada de los medios existentes; *es una mentira jurídica consagrada por la necesidad*.”⁵⁴

Francois Geny a principios del siglo XX define la ficción jurídica: “Institución técnica jurídica a través de la cual el legislador mediante una abstracción asimila o transforma la naturaleza jurídica de una determinada institución con el objeto de alterar su estatuto jurídico y sus efectos corolarios.”⁵⁵

Rene Dekkers expresa que “la ficción es un procedimiento técnico que consiste en colocar intelectualmente un hecho, una cosa o una persona en una categoría jurídica impropia a fin de hacerlos beneficiar, por vía de consecuencia con las soluciones prácticas propias de esta categoría.”⁵⁶ La definición de este autor luego sería el fundamento de las construcciones teóricas elaboradas por Viehinger y Kelsen .

Las opiniones de Dekkers emitidas a principios del siglo XX, pertenecen a nuestra segunda proposición, es decir a la proposición normativa. Según se desprende de sus opiniones han seguido el modelo conceptual de la teoría del conocimiento. Geny fue un eslabón intermedio y señala que las ficciones no reconocen otro fundamento que el propio de toda institución jurídica, esto es la necesidad social⁵⁷. Agrega mas adelante: “Esta alteración conduce a la resultados útiles. En el fondo las ficciones no constituyen sino la adaptación para fines jurídicos de un procedimiento que por lo común enriquece la vida social. Ellas no importan ningún misterio ya que siempre se ha reconocido que tienen y deben tener cabida en el conjunto de nuestra técnica.”

El profesor Llano Cifuentes nos da una definición de la ficción jurídica al final de su estudio, que campea ciertamente la concepción savigniana, esta es: “Un instrumento de técnica legislativa por el que, equiparando formalmente en una norma dos supuestos de hecho realmente diferentes, se consigue una en su tratamiento jurídica, al otorgar a uno los efectos jurídicos que otra norma

⁵⁴Ihering, Rudolph, ob. cit., p. 306.

⁵⁵Geny, Francois, “*Siencce et Technique en Droit Privé positif*”. Troisième partie. Elaboration Technique, du Droit Positif. Librairie de la Societé du Recueil Sirey. Leon Tenin. Directeur, Paris, 1921, p. 361.

⁵⁶Dekkers, René, *La Fiction Juridique*, Etude de Droit Romain et Droit Compare Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1935, p. 86.

⁵⁷Geny, ob. cit., p. 362.

adjudica al otro, sin necesidad de enumerar esos efectos.”⁵⁸ Podemos decir sin temor a equivocarnos que este concepto de las ficciones jurídicas obedece a nuestra segunda proposición, es decir a la normativa.

LegazLacambra define la ficción jurídica de la siguiente manera: “Es una construcción a la que se asigna un valor hipotético e instrumental, subordinando a su actitud para facilitar una concepción jurídica o para provocar una realidad deseada e inexistente, considerada preferible a la actual.”⁵⁹ A diferencia del concepto de Llano Cifuentes, la ficción para LegazLacambra está liberada del procedimiento analógico, y la esencia del concepto lo constituye, el favorecer el desenvolvimiento jurídico en cuanto oportunidad jurídico-política. Para Legue: “la ficción no contiene una verdad especial opuesta a la realidad, una simulación o suplantación de una realidad natural por otra puramente fingida con valor de realidad jurídica, sino que expresa tan sólo la equivalencia jurídica de dos supuestos de hecho. Es desnaturalizar la esencia del pensamiento jurídico científico interpretar la ficción como una pura simulación o mentira.”⁶⁰ Este comentario hecho por Legaz nos corrobora lo acertada de nuestra *divisio*, pues a su juicio la definición Ihering, que introduce el elemento de la mentira, sería carente de valor científico jurídico. También esta definición la podemos clasificar dentro de las pertenecientes del concepto de la *Teoría del Derecho*.

Para Vaihinger, la ficción se caracteriza tanto por su objetivo, como por el medio por el alcanza este objetivo. El objetivo es el conocimiento de la realidad y el medio una falsificación, una contradicción, un artificio, un rodeo y un punto de tránsito del pensamiento; pese a su carácter anómalo, la ficción no deja de ser un medio propio de la lógica; pertenece a la teoría del conocimiento, y su importancia se deriva del hecho de que constituya un medio de conocimiento.⁶¹

Este concepto de Vaihinger es crítica por Esser, en cuanto que la ficción jurídica es una cuestión muy distinta a como lo entiende Vaihinger, ya que la función de las ficciones jurídicas no estriba en alcanzar ese conocimiento, sino que es un instrumento a regular directamente la conducta humana.⁶² En este mismo sentido de crítica, Kelsen señala que es poco probable dentro de una ciencia encontrar ficciones que, “por su naturaleza, no apunten al conocimiento de la realidad. Si la ficción es un medio singular para aprehender la realidad, sólo una consideración totalmente descarriada por parte de la ciencia del derecho,

⁵⁸ Llano Cifuentes, Rafael, ob. cit., p. 195-196.

⁵⁹ LegazLacambra, L, *Introducción a la ciencia del derecho*, Editorial Rialp. Madrid, 1975, p. 68.

⁶⁰ Llano Cifuentes, Rafael, ob. cit., p. 193.

⁶¹ Vaihinger, Hans, “*Die Philosophie des Als Ob*” ob. cit., p. 175 y ss.

⁶² Llano Cifuentes, Rafael, ob. cit., p. 190.

podrían servirse de una ficción en este sentido; además, una ficción nunca puede favorecer ni siquiera de manera indirecta, a través de un rodeo, el conocimiento al que apunta la ciencia del derecho.”⁶³

No obstante lo anterior, estos tres autores participan de un concepto de ficciones jurídicas de carácter científico, surgido con posterioridad a la teoría del conocimiento. Con ellos pierde la ficción el perfil poco elegante y, sobre todo, poco científico de la mentira.

Para Karl Larenz, la ficción jurídica “consiste en la equiparación voluntaria de algo que se sabe es desigual. Debido a que la desigualdad efectiva de lo equiparado es conocido por aquel que se sirve de la ficción, ésta se distingue de una identificación erróneamente falsa o de la subsunción.”⁶⁴ Distingue tres tipos de ficciones; como medio de técnica legal; como medio de fundamentación de sentencia; y su empleo en la ciencia. Su definición la podemos clasificar dentro de nuestra segunda proposición, es decir, aquellas de carácter científico, *post* teoría del conocimiento. Larenz continúa con su explicación diciendo que “las ficciones legales tienen como finalidad normalmente, la aplicación de la regla dada para un supuesto de hecho (S1) a otro supuesto de hecho (S2). En este caso no son otra cosa que remisiones ocultas.” Apreciamos que Larenz recoge plenamente la teoría construida por Vaihinger, sobre la base del *AlsOb*,⁶⁵ a propósito de las ficciones jurídicas veamos; “En lugar de ordenar las consecuencias jurídicas del S1, como la ley no contiene enunciados sobre hechos sino órdenes de validez, el legislador no afirma que S2 sea de hecho igual a S1 o un caso de S1, sino que indica que para S2 valen las mismas consecuencias jurídicas que para S1. Para conseguir esto, dispone que S2 debe ser considerado por el que aplica la ley *como* si fuera un caso de S1. En cambio si S2 ha de ser considerado como si no fuera un caso de S1, aunque de hecho sea un caso tal, entonces la ley quiere excluir para S2 las consecuencias jurídicas de S1 que de lo contrario sobrevendrían...” En el mismo sentido que Larenz, Llano Cifuentes, señala que los dos supuestos en que consiste la ficción son totalmente diversos, se siguen considerando diferentes en el orden de las realidades naturales; la norma jurídicamente los considera también diversos, en cuanto que pertenecen a ese mundo real. La ficción jurídica lo único que hace es igualarlos en sus efectos jurídicos. Por ello aun siendo diferentes en su realidad natural, al coincidir en un mismo tratamiento jurídico, quedan equiparados en su relevancia jurídica.⁶⁶

⁶³ Opinión de Kelsen extraída de su artículo “Reflexiones en torno de la teoría de las clasificaciones jurídicas, con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger.” Disponible en internet.

www.unibrasil.com.br/criticajuridica/18/hansKelsen.htm

⁶⁴ Larenz, Karl, “Metodología...” ob. cit., p. 255.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Cfr. Llano Cifuentes, Rafael, *Naturaleza...* ob. cit., p. 195.

6.-Las ficciones en el derecho civil chileno vigente

En el derecho civil chileno, el legislador ha establecido ficciones en derecho de familia, derecho patrimonial, en el ámbito de las obligaciones contractuales y extracontractuales; a continuación abordaremos algunas de ellas.

El artículo 567 del Código Civil señala: “Muebles son las que pueden transportarse de una lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismos, como los animales (que por eso se llaman se movientes) sea que solo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptúense las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el art. 570”.

No resulta explicable la expresión del artículo 570 del Código Civil: “se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento...”.

En los artículos expuestos nos encontramos, sin lugar a dudas, con una ficción jurídica. Sólo en virtud de la ficción puede reputarse inmuebles, las cosas que por su naturaleza no lo son; el art. 570 del Código Civil establece una ficción en cuanto que a los muebles ahí nombrados les aplica la consecuencia de derecho, contenida en la norma para los inmuebles, es decir se les dará el tratamiento jurídico, como si fueran inmuebles.

Otra ficción podemos encontrar en el artículo 1448 del Código Civil, que señala: “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado el mismo”.

La ficción consiste en este caso, que se considera que el representante tiene la calidad misma de la persona del representado. Corrigiendo a las teorías del siglo XIX, no quiere decir que el representante sea la persona del representado, sino que tiene su calidad jurídica de persona, por lo tanto la ficción recae no sobre los hechos sino sobre la calidad jurídica.

Otra ficción la encontramos en el artículo 984 inciso segundo del Código Civil: “La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene lugar y por consiguiente el grado de parentesco y de los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder”.

La ficción consiste en que se le da calidad de heredero de una persona que no tiene esa calidad jurídica, para el caso que su padre o madre no quisiese o no pudiese suceder.

7.-Las ficciones en el sistema jurídico

El tema de las ficciones jurídicas

Resumen.

1.-El objeto de las ficciones jurídicas son las calidades jurídicas sobre que recaen y no los hechos de la vida real.

2.-El derecho moderno confundió los objetos de las ficciones jurídicas haciéndolos recaer en los hechos, esto llevo a una confusión conceptual que proviene de Ihering en cuanto a pensar que la ficción contiene una mentira.

3.-Las ficciones jurídicas revisten el carácter de normas jurídicas de remisión a otras. Sin embargo, en un menor número de situaciones, nos podemos encontrar que cumplen la función de normas jurídicas restrictivas y aclaratorias.

4.-Las ficciones jurídicas se definen por la función. Ésta consiste en la de remitir las consecuencias de derecho aplicables a una calidad jurídicas que la situación a fingir no contempla. En pocos casos también tiene la función de restringir la aplicación, es decir el objeto en ambas situaciones es el de aplicar “como si” se tratara de un caso 1, siendo que se aplica al caso 2.

5.-Las situaciones jurídicas son una realidad normativa que se construyen no solo con lo dispuesto en las normas sino también por lo contenido en los principios y en la lógica.

6.-Existe una vinculación permanente entre el sistema jurídico externo y el sistema jurídico interno que promueven la modificación y precisión de la teoría de las ficciones jurídicas.