

3  
2 Ej.



**Universidad Nacional Autónoma  
de México**

---

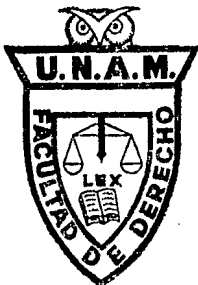
**FACULTAD DE DERECHO**

**“NATURALEZA DE LAS FICCIONES  
EN DERECHO”**

**T E S I S**

**Que para optar por el título de  
LICENCIADO EN DERECHO  
p r e s e n t a**

**ROBERTO ADRIAN ACOSTA CRAVIOTO**



**Asesor: Lic. Ma. Elodia Robles Sotomayor  
Lic. Leticia Bonifaz Alonso**

**México, D. F.**

**1988**



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## I N T R O D U C C I O N

El desarrollo del presente trabajo tiene por objeto - la determinación de la razón de ser de un expediente técnico-jurídico como lo es la ficción, figura generalmente empleada en la explicación de diferentes instituciones fundamentalmente dentro del Derecho privado.

Ahora bien la mención que se realiza en diversa bibliografía de la ficción, se nos presenta en forma casi siempre marginal no reparando en ponderar su verdadera naturaleza, dando por sentado un carácter, que en posición generalmente aceptada en doctrina tiene a atribuirle características de un pretendido condicionante de "dinamismo" jurídico, noción que será nuestro fin determinar que de sí no tiene, de acuerdo al estado de desarrollo de los elementos constructivo-conceptuales con que cuenta la sistemática contemporánea.

Partimos en la exposición de este trabajo primero de la ponderación sobre la importancia que tendrá en el cabal entendimiento de esta figura, la determinación del contexto histórico-social dentro del que se origina, así como de una sucinta relación en el conocimiento de las instituciones de Derecho romano y del cómo llegan a la comprensión dentro de la doctrina contemporánea, prolegómenos que nos servirán en el análisis de una figura de construcción conceptual, inserta como todo elemento de lógica jurídica en una relación dialéctica con factores tanto valorativos como fácticos.

Es por ésto por lo que también tocamos en un apartado específico el tratamiento de la construcción jurídica a efecto de justificar nuestra posición en referencia a las concepciones generalmente aceptadas en la Doctrina contemporánea en referencia a la ficción jurídica, pero así mismo porque el entender la naturaleza propia de un elemento técnico como es la construcción nos ubicará ante sus límites en referencia a factores de orden axiológico como de eficacia social, elementos todos estos que en conjunto nos determinarán el ser de toda expresión jurídica, que no tienda tan sólo a ser una simple construcción conceptual lógica.

Sirvan pues estas breves líneas de apoyo introductorio a las ideas que respecto al tema de la ficción expongo, estando seguro que las mismas encontrarán en más de uno de sus puntos algún cuestionamiento que pueda resultar fundado ante el análisis de todo aquel que haciendo su tarea continua el avocarse al estudio de las sutiles - cuestiones filosófico-jurídicas pueda realizar.

Tlaltelolco, Diciembre 1987.

# I N D I C E

	Página
Introducción	IV

## CAPITULO 1

### LA FICCION EN EL DERECHO ROMANO

I.1 Señalamiento preliminar	1
I.2 Etapas en el conocimiento del Derecho romano	4
I.3 Ius Civile y Fictio iuris	10
I.4 La ficción jurídica en el procedimiento formulario	15
I.5 Razón de ser de la ficción en el desarrollo de las instituciones de Derecho romano	22

## CAPITULO II

### LA FICCION EN LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO

II.1 Noción preliminar de ficción, realidad y valoración jurídica	26
II.2 La construcción jurídica	28
II.3 La ficción en la doctrina contemporánea	40
II.4 Conclusión a las posiciones apuntadas	49

## CAPITULO III

### NATURALEZA DE LAS FICCIONES JURIDICAS

III.1 Hecho, valor y norma, la ficción jurídica en la Teoría Tridimensional del Derecho	62
---	----

## C O N C L U S I O N E S

Bibliografía	83
--------------	----

## CAPITULO I

### LA FICCION EN EL DERECHO ROMANO

- 1.1 Señalamiento preliminar
- 1.2 Etapas en el conocimiento del Derecho romano
- 1.3 Ius Civile y Fictio Iuris
- 1.4 La ficción jurídica en el procedimiento formulario
- 1.5 Razón de ser de la ficción en el desarrollo de las instituciones de Derecho romano.

## 1.1 Señalamiento preliminar.

El origen de la ficción jurídica como un elemento posi bilitante del desarrollo jurídico lo encontramos en el Derecho Romano, pero previamente el análisis de las fuentes de las que se deriva esta afirmación, es necesario mencionar algunas ideas que con respecto al concepto de "Derecho Romano" destaca el Doctor Guillermo Floris Margadant S., en su obra "El significado del Derecho Romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea", nos dice en primer término que debemos de considerar tres aspectos en la concepción de esta idea:

a) El Derecho Romano se ha desarrollado a través de varios siglos (en realidad a través de dos milenios y medio, si queremos limitarnos al desarrollo que podemos estudiar a base de datos más o menos seguros). Desde sus rudimentos no siempre muy equitativos, sistemáticos y adaptables, el derecho de Roma había comenzado a desarrollarse bajo la influencia de Pretores y Jurisconsultos, influidos por ideas filosóficas, prácticas supracionales, nuevas ideologías político-sociales y cambios en la vida económica. Tanto la corriente de innovaciones pretorianas como la jurisprudencial se petrificaron unos siglos después de Cristo; la labor de los Pretores y de los demás magistrados que tenían contacto con la práctica jurídica queda condensada en el Edictum Perpetuum de la época de Adriano. En cuanto a la jurisprudencia: primero se reduce la discusión a una decreída élite de los que tuvieron el *ius publice respondendi*; y más tarde después del florecimiento literario-jurisdiccional en tiempos de Celso, Salvio Juliano, o Papiniano la jurisprudencia clásica se estabiliza en las enormes compilaciones de Ulpiano y -

Paulo. Así el ciclo que lleva desde el rudo derecho campesino de las - XII Tablas hasta el derecho equitativo y sistematizado de los clásicos, - se había cerrado al comienzo del tercer siglo de nuestra era. Este derecho clásico demasiado fino y difícil para los juristas de los siguientes siglos fue primero víctima de cierta vulgarización; posteriormente el emperador bizantino Justiniano (527-565) desea restaurar este Derecho, modernizándolo al mismo tiempo, ordenando la preparación de una gran compilación compuesta de la Instituta de 533 (introducción sencilla al derecho), del Digesto o Pandectas de 533 (colección de citas de jurisconsultos), y del Codex de 527-Segunda Edición de 534-(selección de normas jurídicas expedidas por Emperadores), posteriormente se publica la compilación de una serie de disposiciones tomadas por el mismo Justiniano llamadas Las Novellae, llegando así a una obra que desde la Edad Media lleva el nombre de "Corpus Juris Civilis".

Esta compilación justiniana es, por lo tanto, una primera reinterpretación del Derecho romano clásico, la primera de una serie de tales tentativas de rejuvenecimiento del derecho antiguo como lo son el Derecho romano de los Comentaristas medievales, el Usus Modernus (u - Hodiernus) Pandectarum del siglo XVIII y el Pandectismo del siglo XIX.

Así el desenvolvimiento del Derecho Romano se compone - de la formación del Derecho clásico y de una serie de reinterpretaciones modernizantes de este Derecho. Esto no tiene nada de sorprendente: en realidad, cuando un monumento cultural como el Derecho romano queda en -



vigor durante tanto tiempo, y a través de épocas espirituales tan diversas, podemos decir a priori que este fenómeno se debe a una constante - readaptación mediante nuevas interpretaciones que probablemente se apartan a menudo radicalmente del sentido original del texto. Exactamente como cada fase de la cultura occidental ha tenido "su" cristianismo de la misma manera ha tenido (en los países de familia romanista) "su" - Derecho Romano.

b) Otro factor que nunca debemos perder de vista si estudiamos el verdadero Derecho clásico es que en él se entrecruzan diversos sistemas jurídicos. Así en el primer siglo de nuestra era encontramos, por ejemplo: dos escuelas de jurisconsultos (Proculeyanos y - Sabinianos), un sistema de normas jurídicas expedidas por los Comicios, el Senado o el Emperador, y el sistema del Jus Honorarium; por lo tanto varias corrientes que a menudo entraban en conflicto.

c) En tercer lugar, por debajo del Derecho romano científico y oficial, se movía siempre una subcorriente del Derecho romano vulgar, mantenida por la opinión pública y por los bajos fondos de la ciencia del Derecho, poblados por juristas incapaces de manejar los finos instrumentos conceptuales elaborados en las altas esferas del pensamiento jurídico. La ya señalada fase del Derecho vulgar, comprendida (por lo que se refiere al Oriente) entre Dioclesiano y Justiniano, es - caracterizada precisamente por el hecho de que la siempre presente corriente subterránea del Derecho vulgar sube hacia la superficie a causa

de la baja calidad de los nuevos jueces, burócratas, notarios y abogados de aquellos tenebrosos siglos. Similar a este factor de variedad - sin que debiera confundirse con él, es la presencia del Derecho autóctono provincial, fuera de Italia, en íntima convivencia con el Derecho romano oficial. (1)

La mención de las ideas contenidas en los incisos que preceden, resultan oportunas respecto a todo estudio que sobre conceptos o instituciones jurídicas encuentren una referencia obligada en el Derecho romano. Es decir que la adecuada conceptualización que del edificio jurídico romano se tenga incidirá en forma determinante en una correcta comprensión de las instituciones que en este contexto históricamente determinado surgieron.

Esta premisa de partir al análisis de toda institución jurídica que tenga su base en el Derecho romano, contando con una adecuada sustentación sociológica del período o períodos en los que el concepto a estudiar tenga su origen y desenvolvimiento, deberá quedar complementada por otra de igual trascendencia, y en este caso nos referimos al hecho de que la mayor parte del conocimiento respecto de las instituciones jurídicas romanas, del período "clásico" se deriva de una serie de interpretaciones y reinterpretaciones que en forma más o menos fidedigna pero casi siempre indirecta llegan a nosotros.

#### 1.2 Etapas en el conocimiento del Derecho romano.

Se menciona a continuación en forma somera y a -

efecto de determinar más claramente el concepto del diverso tratamiento que a las fuentes clásicas se ha dado en las diversas compilaciones y reinterpretaciones, así como en las Escuelas que a partir de la edad me dia se avocaron al análisis y tratamiento de las mismas que por su importancia y trascendencia se destacan. (2)

a) Compilaciones prejustinianas.

Decafda la jurisprudencia de la época clásica principia la tarea de extraer, ordenar y compilar con miras a la práctica - las obras de la jurisprudencia (iura) y de las constituciones imperiales (leges).

a) 1. Compilaciones de "iura".

Codex Theodosianus.- Con el fin de facilitar la consulta de la jurisprudencia clásica y a la hora de ser invocada en los Tribunales se establece por una constitución de Teodosio II y Valentiniano III del año de 426, que tienen eficacia legal y obligan al juez las opiniones de Papiniano, Ulpiano, Paulo, - Gayo y Modestino.

Epitome Gai.- Los juristas postclásicos que prestaban especial atención al aspecto didáctico resumen y simplifican las Instituciones de Gayo en este libro, que los compiladores visigóticos insertan en la Lex Romana Visigothorum.

Tituli de Ulpiano y las Sententiae de Paulo.- Que también - figuran dentro de las reelaboraciones de jurisprudencia clásica.

a) 2. Compilaciones de "leges".

Compiladas aparecen las constituciones imperiales (leges) en tres obras:

Codex Gregorianus.- Compilación privada que contiene constituciones dictadas entre 196 y 295 de C.

Codex Hermogenianus.- Compilación privada hecha a fines del siglo III o comienzos del IV, que contiene constituciones promulgadas entre 291 y 324 de C.

Ninguno de estos Códigos ha llegado a nosotros directamente, se ha hecho su reconstrucción a través de colecciones posteriores y de leyes de los bárbaros.

Codex Theodosianus.- Compilación oficial ordenada por Teodosio II, con vigor a partir del año 439 recoge constituciones dictadas desde Constantino a Teodosio II (313 a 437 de C.). La comisión compiladora recibió autorización para hacer variantes o alteraciones en los textos de las "leges" según lo aconsejaban las exigencias de práctica.

Hay varias compilaciones de carácter mixto, esto es que comprenden jurisprudencia y constituciones imperiales, dentro de estas figuran las siguientes:

Fragmenta Vaticana.- Que comprende pasajes de Papiano, Ulpiano y Paulo conjuntamente con constituciones imperiales especiales y de Diocleciano.

Collatio Mosaicarum et Romanarum.- Obra que hace una comparación entre los Derechos mosaico y romano, valiéndose de textos bíblicos, de obras de Papiano, Ulpiano, Paulo, Gayo y Modestino, así como de varias constituciones imperiales.

Leges saeculares.- También conocido como el libro Siro-romano que es un manual del Derecho Romano (ius Civile) con modificaciones provenientes a partir de las constituciones de Constantino.

Por otra parte en el Occidente invadido por los bárbaros, los reyes promulgan una serie de leyes que recogen con simplicidad preceptos rixtos de jurisprudencia y constituciones imperiales. Tales son la lex Romana Wisigothorum, lex romana Burgundionum y el Edictum Theoderici.

#### b) Compilación de Justiniano.

Es Justiniano quien hace realidad la idea intentada en forma preliminar por Teodosio II de reunir en un sólo cuerpo general y sin mezclarlos los "fura" y las "leges", es decir, la obra de la jurisprudencia clásica y el material legislativo de los emperadores. Esta obra compiladora se lleva a cabo en un corto tiempo comprendido entre los años 528 a 533 d.C., gracias al concurso de Tribuniano y de otros juristas, con la intención siempre prominente de tratar de servir a las demandas y exigencias de su tiempo. Las alteraciones que se hicieron necesarias se tradujeron en adiciones, emisiones, cambios o sustracciones al contenido de los textos y se conocieron con el nombre de interpolaciones o "emblemata Tribuniani".

La obra constó primeramente de tres compilaciones el - Codex, que fue promulgado en 527, contenedor de las constituciones imperiales dictadas hasta ese momento. El Digesta o Pandectae que tendió a agrupar el material jurisprudencial promulgado hacia el año 533 d.C., en el mismo año se promulga la tercera obra de la compilación que buscaba cumplir una función más que nada didáctica, esta se conoció bajo el nombre de las Institutiones seu elementa. Posteriormente se publica la obra que contendría las constituciones dictadas por Justiniano en lo que se conoció con el nombre de Novellae constitutione post Codicem. Obras todas que en su totalidad se conocen a partir de la publicación de Dionisio Godofredo en el año de 1583 de C., con la denominación de Corpus Iuris Civilis.

Es de mención especial en referencia al Digesta que a través de fragmentos recogidos en él y gracias a reconstrucciones realizadas con posterioridad, conocemos una obra que fue contenedora de los principales criterios de una fuente del Derecho que operó en forma fundamental en la época del Derecho clásico (el ius honorarium). Nos referimos al Edictum Perpetuum, elaborado por órdenes de Adriano, por uno de los máximos juristas clásicos hacia el año 129 d.C. (Salvio Juliano) y en cuyo texto se condensa a través de una redacción definitiva, las reglas y procedimientos editales, que constituyeron la labor trascendente desarrollada primordialmente por el Pretor en su importantísima tarea de encauzar la administración de justicia, actividad por la cual (desde la expedición de la lex Aebutia), en uso de sus facultades discrecionales propició la comprensión de una multiplicidad de situaciones sociales que por las cambiantes condiciones de la sociedad romana quedaban fuera de la comprensión y regulación de las estrictas formas del antiguo Ius Civile. Cumplida esta obra codificadora la labor secular del Pretor llegó a su fin.

c) Compilaciones postjustinianas.

Necesidades fundamentalmente de carácter pedagógico así como prácticas, propician la elaboración de posteriores obras, que contrariaron la prohibición justiniana de hacer comentarios a su obra.

Dentro de este grupo se destacan, la Paráfrasis de las Institutiones hecha por Teófilo, los Basilicos o Libri Basilicorum, obra en griego que reune todo el material del Corpus Iuris, siguiendo el orden del Codex de Justiniano. Así también encontramos una acta jurídica, conocida con el nombre de Hexabiblos.

d) Estudio del Derecho romano a partir de la Edad Media.  
d) 1. En el Studium generale de Bolonia, nace a mediados del siglo XI la Escuela de los Glosadores, fundada por Inerio y sus discípulos (Doctores Jacobo, Martín, Bulgaro y Hugo), quienes avocándose al estudio del Corpus Iuris, a través del método exegético y refiriéndose con especial atención al Digesto (por el manuscrito "florentino"), elaboran breves comentarios o glosas -marginales o interlineares- que se encaminan a buscar soluciones a problemas pragmáticos. En esta exégesis no se advierte ningún tipo de recurso histórico, pero su mérito sobrepasa estas fallas, en cuanto a lo que este estudio implica de redescubrimiento de los textos antiguos en gran parte olvidados. La obra de esta Escuela culmina con la glosa Magna o glosa ordinaria de Accursio, del siglo XIII.

d) 2. Posteriormente los "Preglosadores o Comentaristas" del siglo XIV, con el manejo de la dialéctica escolástica se ejercitan en el estudio de las glosas de sus predecesores y ya no tanto en los textos Justinianos. La diferencia fundamental entre las dos Escuelas radicó en esto: la glosa fue clarificación de los textos (littera), en tanto que el comentario trató de adentrarse en el sentido de los mismos (sensus), animado por el empleo del método dialéctico. Representantes principales de esta Escuela lo fueron Bartolo de Saxoferrate y Baldo de Ubaldis.

d) 3. Al pragmatismo escolástico sigue el historicismo renacentista con la Escuela histórico-crítica (culto o elegante) siglos XVI y XVII. Esta nueva corriente se aparta del examen racional de las fuentes, para dar una metódica que conjuga la filología con el análisis jurídico, dirigiéndose por tanto en forma preponderante al estudio de los textos anteriores a Justiniano, atribuyendo máxima importancia al Ius Civile y al Derecho clásico.

Esta actitud rompe con la autoridad del Derecho romano -mantenido en tradición por los intérpretes que le precedieron y acobido y sancionado por la Iglesia. Representantes de esta escuela de raíz francesa, son Andreas Alciato, Brissonius, Cujacius, Dionisio y Jacobo Godofredo, Ulrico Zacio.

d) 4. En el siglo XVIII surge la llamada Escuela del Derecho Natural, que consideraba el Derecho como un producto de la razón humana, igual para todos los pueblos, común a todos los tiempos, asentando sus bases en principios eternos e inmutables.

Esta escuela racionalista, fundada por Hugo Grocio asume fundamentalmente una tendencia anti-histórica, haciendo necesaria por tanto reexponer el Derecho romano de acuerdo con una sistematización jusnaturalista abstracta. Otros autores partícipes de esta tendencia lo fueron Leibnitz, Tomasio, Pufendorf y Domat.

d) 5. En los comienzos del siglo XIX nace la Escuela Histórica del Derecho. Es Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), el auténtico fundador y máximo exponente de esta nueva dirección. Esta escuela impregnada fuertemente de un espíritu romántico, sienta la afirmación de que el Derecho no es un producto de la razón, sino del espíritu del pueblo (Volkgeist). El Derecho brota de la entraña misma de cada pueblo, y de su historia, de modo cierto, no arbitrario, siendo y formando parte orgánica de la vida nacional. Por lo tanto el espíritu nacional será el determinante categórico del curso de la evolución histórica del Derecho.

En esta escuela, dotada de adecuados instrumentos de investigación dará un prominente lugar a los factores anticuario-filológicos, prestando atención así al "Derecho romano del momento", elaborado sobre el Pandectas.

Las dos corrientes fundamentales derivadas de esta dirección, lo fueron, la historicista -Bluhme, Bruns, Ferrini, Gradenwitz, Buschke, Karlowa, Mommsen-, por otro sentido discurriría la del estudio dogmático de los pandectistas -Brienz, Dernburg, Glück, Ihering, Puchta, Windscheid- que fue una corriente que, produciéndose dentro de encontradas corrientes y tendencias, procuró la actuación del Derecho romano Justiniano, en consonancia con las exigencias alemanas de su tiempo, haciendo evidente un doctrinismo jurídico que asombró por su agudeza y artificios.

La tendencia historicista cobró singular auge desde el momento en que el Derecho romano (tras la publicación de los Códigos civiles en las distintas naciones europeas), ya no fue reclamado directamente para servir a fines prácticos. Publicado el B G B, Código civil alemán, en 1900, el estudio dogmático en esta nación se proyectó sobre este cuerpo legislativo, en tanto que el estudio histórico discurrió diversas tendencias y lugares, afirmándose incluso hasta nuestros días como una tendencia "enohumanística", que se desenvuelve con refinados instrumentos puestos al servicio de su "método crítico".

"Realizada la sucinta referencia al desarrollo de las diferentes etapas en el conocimiento y orientación que a lo largo de casi milenio y medio se han tenido de las Instituciones jurídicas romanas, se estará en mejor posición de proceder a una adecuada valoración de las fuentes en las que la Doctrina contemporánea deriva su conocimiento del concepto de ficción jurídica a efecto de aplicarlo en la explicación que da múltiples Instituciones de Derecho positivo."

### 1.3 *Ius civile* y *fictio iuris*.

Procedamos en este apartado a la determinación (práctica e histórica) que dentro del discurrir de las Instituciones jurídicas de Derecho romano, a través de diversos períodos, se adjudicó a la ficción jurídica. (3)

En Roma, el desarrollo jurídico tuvo su origen en una base eminentemente consuetudinaria. La ley, en un principio, fue tan sólo la fijación material de esos "mores maiorum" (inveterados) dotados de carácter intangible. El *ius civile*, el sagrado derecho consuetudinario, derecho primitivo, expresión de la regulación jurídica que una comunidad agraria se daba así misma, tuvo un carácter rígido y conservador, propio a una serie de situaciones que de acuerdo a una escasa complejidad social la asistían satisfactoriamente. En esta época la religión y el Derecho no tienen límites precisos, la solemnidad de los actos responde muchas veces a una configuración religiosa del Derecho que se concreta frecuentemente en fórmulas mágicas. Citemos algunas ideas expresadas por el historiador Eustel de Coulanges Numa Denis.



en la introducción de su obra "La Ciudad Antigua" (4) a fin de contextualizar adecuadamente estas afirmaciones:

"La historia de Grecia y Roma es testimonio y ejemplo de la estrecha relación que existe siempre entre las ideas de la inteligencia humana y el estado social de un pueblo. Reparad en las instituciones de los antiguos sin pensar en sus creencias, y la encontrareis oscuras, extrañas e inexplicables.

"Entre los griegos y los romanos, así como entre los indios, la ley forma desde el principio parte de su religión, siendo los antiguos códigos de las ciudades una colección de ritos, de prescripciones litúrgicas, de preces, y al mismo tiempo de disposiciones legislativas. Todo lo que nos queda de las leyes antiguas de Roma, tan pronto se refieren al culto como a las relaciones de la vida civil.

"Si entendemos por legislador al que crea un código y lo impone a los demás, semejante legislador no existió nunca entre los antiguos. Tampoco la ley salió de los votos del pueblo, porque la idea de que el número de sufragios podía hacer una ley no apareció sino mucho más tarde en las ciudades. Las leyes se presentaron como una cosa tradicional, inveterada e invariable, tan antiguas como la ciudad, las colocó el fundador al mismo tiempo que colocaba el hogar, y las instituyó a la vez que institufa la religión, sin que pudiera decirse que fueron inventadas por él."

Las normas que regularon las relaciones jurídicas en las pristinas etapas del Ius civile, son rígidas y severas. Los negocios jurídicos se desenvuelven en un ámbito eminentemente formalista. El antiguo Derecho quirritario aparece, como un cuerpo cerrado, expresión de la comunidad labriega a la que iba dirigido. (Todas estas características están muy relacionadas con la motivación histórica del surgimiento de la ficción jurídica.)

La diversidad en la vida de la sociedad romana, se evidenció paulatinamente como consecuencia de diversas causas que llevaron a convertirla, del centro de Italia al centro de la actividad del mundo, la extensión de sus dominios y la poderosa revolución económica presentan situaciones numerosísimas no contempladas por las estrictas formas del Ius Civile.

En el tiempo comprendido entre las guerras púnicas y la terminación de la República, el Derecho y correlativamente la práctica jurídica, evolucionan de modo extraordinario, la adaptación del Ius antiguo a la realidad social del momento, fue uno de los problemas más importantes que tuvo que resolver la sociedad romana.

Los magistrados y concretamente los pretores jugaron un papel determinante en el intento de dar una solución estable a esta desvinculación entre derecho y vida. En un principio este funcionario se desenvolvía en un ámbito reducido, pues investido de jurisdicción tenía la única función de prestar la "legis actio" prescrita por la ley, no podían dar ni prometer las acciones que ésta no contemplase o de denegar lo que la ley concede. Estas legis acciones siguiendo fielmente la redacción de la ley se hallaban condensadas en formas inalterables y asimismo sólo podían utilizarse en un número limitado de procesos expresamente nombrados puesto que las reducidas relaciones de los primeros tiempos no requerían más, de ahí que, el rápido desarrollo

social y económico de Roma, suscitó el que un sinnúmero de actos celebrados a diario sin sujetarse a las formalidades del Ius, quedaban sin la protección del derecho, abandonados por tanto, a la buena fe de los que en ellos intervenían.

Ahora bien, la *lex Aebutia* dada hacia mediados del siglo II ac.C., fue un paso considerable, en cuanto a la aplicación de los poderes del magistrado, pues introdujo el procedimiento "agere per formulas" que le daba extensos poderes respecto a la dirección y marcha del proceso reconociendo al mismo tiempo su Imperium (pretores y ediles curules, gobernadores, cuestores) y la confirmación de éste como órgano de la conciencia jurídica colectiva. He aquí donde se abre el camino para la introducción de ampliaciones del antiguo sistema legislativo, los pretores usaron ampliamente estos poderes y en corto tiempo los "edictum" se convirtieron en un supletorio ordenamiento jurídico, por lo que la impermeabilidad del Ius Civile encuentra una vía media entre Derecho y vida en esta actuación práctica del magistrado.

Esta función se constituyó en una fuente importantísima de regulación jurídica, que no con normas de derecho sustantivo, ni consejos sobre la justa solución de casos difíciles (como sucedió en el caso del Ius civile con sus fuentes propias costumbre, ley, plebiscitos, senado consultos y jurisprudencia), sino a través de ciertas me

didias procesales (adjetivas), que marchando paralelamente a las formas del *Ius civile*, e influenciadas fuertemente por el *Ius gentium*, así - como por señalamientos de jurisconsultos, abarcaron un sinnúmero de - situaciones no reguladas por las estrictas normas tradicionales. Esta revitalizadora actividad vino a conformar lo que se conoció como Derecho honorario, que se vió nulificada casi en su totalidad a partir de la publicación del Edicto de Adriano, aproximadamente entre los años - 134-138 de C., codificación de los edictos anuales más destacados que también es conocido como *Edictum Perpetuum*.

La tutela que el magistrado dió a través de esta facultad a las nuevas relaciones y hechos fué el factor que revistió a - las mismas de la necesaria garantía social.

He aquí donde se evidencia el auténtico carácter que asumió la actividad del magistrado en referencia a un orden rígido y - cuyo carácter tanto de tradición religiosa como secular, se encontraba entrelazado y firmemente arraigado en la conciencia del pueblo romano. El recurrir a un expediente que posibilitara la comprensión de una serie de situaciones nuevas que escapaban a los esquemas tradicionales, - implicó para los romanos una conjunción tanto de las antiguas formas - como de las nuevas situaciones. La expansión en la comprensión de estas nuevas situaciones de la cambiante vida social en la Roma republicana, no implicó como pudiéramos comprenderlo con una visión contempo-

ránea, una abundancia en la legislación, pues la actividad magistral sólo traspasó el hecho de la interpretación y elaboración hechas por los juristas, en el desenvolvimiento lógico de los principios y preceptos tradicionales, no llegando en ningún momento a constituir una actividad legislativa, pues carecía de estas facultades, por lo que se dió a la tarea a través de un acto de "imposición" y de administración de justicia de "integrar" una serie de postulados que "suponiendo existentes" requisitos o hechos exigidos para la procedencia de alguna acción, los consideró "como si" en realidad se suscitaren, colocándolos de este modo, dentro del campo de los Civiles, pues como ya se ha dicho, no podía ampliar el ámbito de la ley de modo que abarcara otros supuestos de hecho no comprendidos en su redacción.

#### 1.4 La ficción jurídica en el procedimiento formulario.

La referencia por tanto a la forma de administración de justicia llevada a cabo por estos funcionarios (pretor, edil curul, gobernadores provinciales y cuestores), es obligada pues es a través de la intervención que tuvieron dentro del procedimiento, crearon un expediente que tomando "como existente" lo que no tenía sustento real, (en referencia a las formalidades) dando vida al concepto de "fictio iuris" que obedeció a razones de carácter eminentemente práctico.

En el período republicano (500 a 27 a. de C.), se -  
dió propiamente la transformación del rígido procedimiento de las LE--  
GIS ACTIONES al procedimiento que se conoció como FORMULARIO. En -  
consonancia con los caracteres que informaron al derecho primitivo la  
"legis actio" representó una forma angosta, solemne y ritual. Las -  
partes presentes (5) in iure esto es, ante el magistrado, hacen peti--  
ciones y declaraciones de acuerdo a fórmulas rigurosamente estableci--  
das por la costumbre o por la ley, llegando a tal punto la observancia  
de éstas, que el más leve error acarreaba la pérdida del pleito, por  
lo que se daba la necesidad de que los litigantes ajenos al secreto -  
de las fórmulas acudiesen a los sacerdotes, primeros juristas de Roma  
y únicos conocedores de éstas.

La iniciación del proceso en esta fase (in iure) una  
vez que se contaba por parte del demandante de la fórmula respectiva, -  
tenía un efecto de llamamiento para la comparecencia del demandado ante  
el magistrado.

Presentes las partes, el actor formulaba su demanda y  
por su parte el convenido podía adoptar diferentes posturas como la de  
solicitar un aplazamiento para la contestación, con garantía de terce--  
ro; contestar allanándose a la demanda o desconocer la existencia de  
la deuda, oponiéndose a las alegaciones del demandante.

Si el magistrado tenía por atendibles los términos de la demanda, se abría el juicio, lo que implicaba el otorgamiento de la acción, formalizándose la cuestión litigiosa y sometiéndose a la decisión de un juez (*iudex*) e iniciando la segunda etapa conocida como - "litis contestatio", obedeciendo esta formalización primero en la época de las legis acciones a un contrato arbitral hecho en presencia de testigos solemnemente llamados, por virtud del cual las partes acuerdan en someter la cuestión litigiosa a la decisión del juez, operándose posteriormente un cambio que consistió en el traspase de una "formula" escrita, no oral, al juez de manos del pretor. (6)

Una vez llevada a cabo la consunción procesal de la acción en la "litis contestatio" se substanciaba ante un *iudex* la deducción de la causa, quien emitiría el fallo respectivo conociéndose esta fase como "apud iudicem", etapa procedimental caracterizada por la oralidad en defensas e interrogaciones y alegatos así como por su publicidad e inmediatez. Existiendo la obligación de suministrar datos y pruebas que sirvieran de confirmación a lo aducido en la fase "in iure", hecho que una vez ponderado en forma amplia por el *iudex* según las reglas de la sana crítica, (*ex anime sententia*) procedía a la resolución del pleito en definitiva mediante un fallo, siendo tanto en la época de las legis acciones y en la del procedimiento formulario firme y no admitiendo la posibilidad de apelación. Finalmente, la eje

cución de la sentencia para el vencido o condenado que libremente no aceptare el cumplimiento, se realizaba (ya fuera el origen del adeudo, la insatisfacción de una prestación personal o derivado de un crédito por concepto de tributo, religioso o militar). A través de lo que se conoció como "actio per manus iniectionem" concebida como ejecución personal y que fue casi abandonada en su totalidad al término de la República predominando fundamentalmente la ejecución directa sobre los bienes del deudor "actio per pignoris capionem", siendo generalizada esta forma a lo largo de este período y sufriendo variaciones paulatinas que fueron atemperando la rigidez de los primeros tiempos.

Determinadas así sea en forma esquemática, las fases del procedimiento, se está en condición de comprender como el pretor, al iniciarse ante él, el conocimiento y calificación de toda causa litigiosa, se dió a la tarea de integrar las diferentes y amplias lagunas del sistema jurídico tradicional (en una forma más amplia y directa dentro del procedimiento formulario) en gran medida haciendo uso de la fictio iuris, por la que fingiendo los requisitos del Ius civile, otorgó un sinnúmero de "acciones" conocidas como "útiles", complementarias de las "directas", recursos que dejando sustancialmente inmutado el Ius operan en los mismos hechos. (7)

Este importante papel creador de la ficción en Roma,-



se pone de manifiesto al confrontarla con la labor jurisprudencial de la interpretación que asimismo tuvo capital significación en la evolución del Derecho Romano, (y en algunos aspectos en la misma orientación de la actividad del magistrado), pues en ésta el jurista extiende el ámbito de la ley, mediante el recurso de la analogía y de la -- aplicación extensiva pero, lo que no se podía a través de esta vía lógica realizar por los juristas, sí se pudo hacer por el magistrado por vía de la autoridad, puesto que era evidente que la interpretación tenía límites insuperables, y que el desarrollo de los principios tradicionales aplicados a las dinámicas circunstancias sociales no podían -- realizar un cambio en forma radical, pues para ello era necesario un -- acto de imposición que solamente una voluntad revestida de imperium podía realizar, es decir, la ficción se encontraba en la esfera de la -- creación del Derecho por vía de autoridad, en la línea vertical comprendida entre norma y realidad, la analogía en cambio, se daba en el ámbito de actualización de la norma, en la línea horizontal de la aplicación del Derecho.

Los ejemplos más sobresalientes de este tipo de fórmulas (8), los encontramos primero en la "bonorum possessio" por la que el pretor hace que se reconozca la calidad de heredero en la persona del bonorum possessor, en contraposición de lo que disponía el ius civile en lo referente a que los derechos de crédito no pasaban de un modo directo al bonorum possessor, que no tenía acciones directas y por lo tanto, no podía exigir el pago de deudas del que cujus, pero a tra-

vés de esta fórmula podía accionar contra el deudor, así como en el su puesto contrario se concedía al acreedor el derecho de ejercitar contra el *honorum possessor* como si éste fuera realmente el heredero.

En el campo de las acciones "*in res utiles*" se encuentra una extensa aplicación de la ficción, la más importante y conocida es la denominada "*actio publiciana*", por la que el pretor protege la situación de aquel que habiendo obtenido una cosa por justa causa es desposeído de ella sin que pueda utilizar para su defensa un título conocido ni pueda reclamar su propiedad, porque no ha transcurrido el plazo necesario para usucapir, dándose aquí la simulación en este último efecto, es decir se le consideraba como si el tiempo del plazo transcurrido que el *Ius civile* contemplaba para ejercer la usucapio ya se hubiera realmente dado, y de esta forma el juez podía aplicar la norma del derecho civil sin que se dñ de hecho, los requisitos que exigían su aplicación. El *Ius civile* de todas formas seguía inviolando en su fisonomía de sí inalterable, sin embargo, un hecho, una situación jurídica no comprendida dentro de su normatividad queda regulada por él.

Otro ejemplo lo encontramos en la "*actio furti*" y en la "*actio ex lege Aquila*" donde aparece claro el sentido de la ficción como auténtico instrumento creador de derecho. La *actio furti* - cuya existencia está ligada ya a las Doce Tabas, sólo podía ejercitarse contra un ciudadano romano, era patente pues la impunidad de un ro-

bo perpetrado por un peregrino, al mismo tiempo este último quedaba -- desamparado ante la acción furtiva realizada por un ciudadano romano. El pretor sin reformar el *ius regium* una situación jurídica que quedaba fuera de él, al hacer que el peregrino se finja como ciudadano a fin de hacer aplicable la *actio furti*, o en el caso contrario posibilitando al peregrino su ejercicio, pudiendo ser ejercida por el perjudicado en contra del culpable.

Se dió así también la ficción al referirse a una situación regulada por el *ius civile* en la hipótesis que se producía al darse la "*capitis diminutio*" ya fuera por "*abrogatio*" o por "*coemptio*" causas por las que los acreedores o deudores del venido a menos en su *status personal*. estaban imposibilitados para poder exigir la satisfacción de sus derechos conforme al *ius civile* o en caso contrario, sus deudores ejercer la acción correspondiente conforme a estas reglas, actuando aquí la ficción en el sentido de hacer parecer como si la *capitis diminutio* no se hubiere dado nunca, pudiendo hacer efectivos los derechos y obligaciones que conforme al *ius civile* tuvieran los perjudicados.

La ficción también se aplicó en disposiciones legislativas, los ejemplos característicos los encontramos (9), en la *lex Cornelia* dada bajo la dictadura de Sila entre los años 84 y 85 a. C., por lo que al ciudadano que no volvía de un cautiverio se le consideraba -- muerto en el momento de ser hecho prisionero, es decir, se significaba

al cautivo en su estado de ciudadano a fin de no ver mermado este mismo status y con esto hacer imposible la traslación de sus bienes que en este caso se operaba por vía sucesoria, por lo que el resultado jurídico se lograba de un modo sencillo regulando en forma directa la validez de los derechos sucesorios de una persona considerada "muerta", sin cambiar el concepto cerrado que de ciudadano y sucesión tenía el *Ius civile*, la Ley consiguió el mismo resultado por medio de la cláusula ficticia de considerar al cautivo muerto en libertad, otorgándole con esto, iguales derechos que al ciudadano. Así también en la "lex Iunia Norbana", en la que se consideró a los esclavos manumitidos como libres respecto de la forma requerida por el *Ius civile* para la validez de un acto de liberación, es decir, que hasta antes de esta ley, el esclavo liberado sólo lo estaba de hecho pues de derecho si no se había cumplido con la forma solemne requerida, se mantenía dentro de su anterior estado, considerándose después de la emisión de esta lex a los esclavos manumitidos fuera de la estricta forma del *Ius civile*, como si en verdad lo hubieren sido aue el pretor como lo disponía la estricta forma.

1.5 Razón de ser de la ficción en el desarrollo de las instituciones de Derecho romano.

Las condiciones a las que se ha hecho constante referencia como determinantes del surgimiento y empleo de la ficción en el Derecho romano, en las vertientes tanto de administración de justicia, como legislativa, y su íntima vinculación con las características propias de un pueblo fundado en la tradición como lo fue el romano, nos determinan la auténtica significación que se dió a la ficción como

una forma técnica de actuación, en la adecuación y comprensión de los -  
esquemas jurídicos respecto al discurrir cambiante de la vida social. -  
La naturaleza propia del Ius civile consuetudinario, tradicional, forma  
lista, con unas fuentes de creación lentas y reducidas además de la im-  
prompta de lo religioso en su esfera, lo reducían a una normatividad rí-  
gida, intangible, sin posibilidad interna de evolución, que propiciaba  
una ruptura con la realidad, y que a pesar de la enorme capacidad de -  
elaboración y realización de la jurisprudencia, ésta evidenció su insu-  
ficiencia en la labor dirigida a engranar los campos jurídico y social,  
por lo que las cambiantes condiciones (el enorme desarrollo geográfico,  
político, económico y cultural de la primitiva Roma, desarrollo rápido  
y siempre creciente) originaron que a través de las facultades del ma-  
gistrado investido de imperium, en su actividad soberana de administra-  
ción de justicia, se viera constantemente obligado a dirigirse de un -  
modo directo, a fingir algo, para que las cambiantes necesidades queda-  
sen situadas dentro de una regulación jurídica sin contravenir las for-  
mas del antiguo Ius, por lo que se nos presenta como un instrumento de  
ampliación y modernización del Derecho. Así apareció la "fictio" en -  
Roma, como un recurso útil y auténtico, que aporta soluciones sustan-  
ciales, que rompiendo con el modo normal de proceder, amplió paulatina-  
mente y siempre como un recurso excepcional la órbita de comprensión -  
jurídica. El hecho no se fingió para que produjera: ilimitadamente  
las consecuencias jurídicas que normalmente le eran ajenas, el hecho -  
se fingió limitadamente para solucionar un problema de justicia parti-  
cular, es decir, para conseguir unos concretos y limitados efectos ju-  
rídicos.

## N O T A S

- (1) Cfr. Guillermo Floris Margadant. "El significado del Derecho Romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea". Edit. U.N.A.M. 1960. (Págs. 12 a 14).
- (2) Doctor Juan Iglesias. "DERECHO ROMANO. Instituciones de Derecho - Privado". Ediciones Ariel (Barcelona). Sexta Edición.(Págs.59-83).
- (3) Rafael Llano Cifuentes. "Naturaleza Jurídica de la Ficción Iuris". Colección Canónica del Estudio General de Navarra, Ediciones Rialph, S.A. Madrid, 1963. (Págs. 43-83).
- (4) Fustel de Coulanges Numa Denis. "La ciudad antigua". (Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma). - Editorial Porrúa, S.A. México,D.F., 1978. (Págs. XIV, XXV y XVII, estudio preliminar).
- (5) Cfr. Doctor Juan Iglesias. "Derecho Romano". op. cit.(Págs.187 a 216).
- (6) En este punto al igual Rudolph von Ihering, Alvaro D'Ors. Autores citados por Llano Cifuentes en su mencionada obra "Naturaleza Jurídica de la Fictio Iuris". (Pág. -6) Determinan que precisamente "el procedimiento formulario parece haber sido elaborado por las ficciones".
- (7) Emilio Valiño realiza una distinción entre acciones útiles y cognitivas, agrupando dentro de las primeras las acciones formula--rias con ficción y diferenciándolas de otras como las in factum y las que se daban con transposición de personas. Emilio Valiño "Acciones Útiles". Universidad de Navarra (Pamplona) (Págs. 17 a 29).
- (8) Rafael Llano Cifuentes. op. cit. (Págs. 53 a 58).
- (9) Ibidem. op. cit. (Págs. 58 a 61).

## CAPITULO II

### LA FICCION JURIDICA EN LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO.

- II.1 Noción preliminar de ficción, realidad y valoración jurídica.
- II.2 La construcción jurídica.
- II.3 La ficción en la doctrina contemporánea.
- II.4 Conclusión a las posiciones apuntadas.

## II.1 Noción preliminar de ficción, realidad y valoración jurídica.

De la determinación que se realizó en el apartado anterior, sobre la concepción que de la "Fictio iuris" tuvieron los romanos, se comprende que ésta implicó algo sustancial, que aunque buscara únicamente la ampliación de unos efectos jurídicos, violentó la realidad de los hechos.

Si la definición, deducida de los textos romanos, nos habla de una "dispositio adversus veritatem", y como ha quedado asentado, ésto implicó un verdadero esfuerzo de adaptación de un rígido sistema a la cambiante problemática social, es evidente que la adaptación de este concepto que se realiza por autores en los Derechos positivos contemporáneos, debieran obedecer a razones de diversa naturaleza, pues es evidente que si bien la función que de suyo tiene toda norma jurídica respecto de la realidad que regula, fue y sigue siendo igual, la implicación de un sistema jurídico contemporáneo respecto de esa realidad a la que va dirigida, guarda proporciones diversas a las que en Roma se dieron.

El verdadero significado que se debe de tener respecto del sentido de la ficción jurídica es el de un método (conceptual)-constructivo, es decir, un modo de operar en un sistema de creación jurídica.



He aquí donde los autores que con más profundidad han tratado el tema de la ficción, se han encontrado siempre, al pretender determinar su naturaleza jurídica, en la necesidad de aclarar cual es la función del Derecho ante la realidad, en precisar en qué forma se encuentra involucrada esa realidad dentro de las normas jurídicas, es decir la ficción jurídica pone en tela de juicio la naturaleza misma de la norma.

El problema consistirá en delimitar la vinculación que existe entre la realidad social y el Derecho positivo y, decimos Derecho positivo, porque la ficción como instrumento técnico legislativo sólo tendrá sentido en este ámbito habrá de entenderse hasta qué punto del Derecho positivo se encuentra comprometida la realidad natural.

El mecanismo interno de toda norma jurídica implica dos estados o momentos de diversa naturaleza, la situación de hecho que se nos dá que nos la muestra la dinámica social y que se recoge a través de su individualización para que constituya un supuesto de hecho en el que se basará la norma, pudiendo ser un hecho, una conducta, o una serie de hechos o conductas que se objetivan en el mundo natural. Ahora bien, la valoración de este supuesto por la que se le adjudica específicas consecuencias de derecho, no implica en ningún momento una operación "mecánica". Esta atribución se hace por medio de una estimación

ción que pondera no sólo los hechos mismos, sino sus circunstancias - (temporales, espaciales, sociológicas y políticas). La norma por lo - tanto no tiende a reproducir la realidad natural ni tampoco tenderá a cambiarla o a suponerla diversa, la norma sencillamente debe de estar dotada de una adecuación justa de los hechos al fin perseguido por la misma.

## 11.2 La construcción Jurídica.

Señaladas someramente y a manera introductoria al contenido del presente capítulo, las características propias a un elemento de construcción conceptual como lo es la ficción en Derecho, procederé al exámen en el presente apartado del significado propio de la - "construcción jurídica", a efecto de poder determinar adecuadamente la naturaleza que la doctrina contemporánea asinila a la ficción jurídica como elemento posibilitante de "dinamismo jurídico".

Como elemento dentro de la Teoría General de Derecho, la construcción lógica la encontramos en la construcción de instituciones jurídicas, en la reducción de las normas jurídicas a conceptos generales y en la deducción de las consecuencias que derivan de estos conceptos (10). Esta es una operación mental estrictamente lógica que opera conceptos jurídicamente relevantes que se encuentran en las normas - jurídicas y son descubiertos por la interpretación, su misión es elaborar los auténticos conceptos jurídicos, que son aquellos con los cuales

se aprecia el contenido normativo de un precepto jurídico. Así la interpretación proporciona la materia sobre la que opera la construcción jurídica.

Tendrá en sí, sustancialidad propia siendo criterio - absoluto de la realidad jurídica. Esto quiere decir que una relación o una norma revestirán carácter de jurídicas sólo en la medida en que pueden ser incluidas con corrección lógico-formal en el sistema general de conceptos de la dogmática de un Derecho positivo, si no encaja en él, - hay una imposibilidad lógica que impide el acceso a la existencia jurídica. (11)

Los resultados que se obtienen mediante el empleo de - esta lógica constructivista se evidencian ante todo dentro de la sistemática jurídica, pues la informan de un sentido lógico y coherente.

Pero ahora bien, el carácter eminentemente conceptual de esta tarea también evidencia por sí mismo el riesgo siempre presente, de que se dé una separación entre las elaboraciones (doctrinales y abstractas), y los elementos reales que configuran el sustrato mismo de - las instituciones y conceptos jurídicos.

Recordemos que el Derecho es una forma de vida social, es decir, vida social en "forma", de suerte que su realidad es vital: -

ni material como la de la naturaleza, ni ideal como la de un pensamiento o un valor, sino simbiosis de una y otra en el quehacer continuo de la vida. De este tipo es la realidad del Derecho y de esa cualidad - tiene por lo tanto que participar toda la realidad jurídica construida por la ciencia. Y puesto que el sentido de toda verdad es el descubrimiento, "la construcción sólo es "verdad" cuando descubre una realidad de la vida que, sin el concepto construido permanecería velada u - oculta." (12)

En este punto en el que se pondera el límite de las - elaboraciones conceptuales producto de la construcción jurídica, parece oportuna la mención de las consideraciones que respecto al abuso de las abstracciones lógicas en el método de interpretación destaca Francois Geny, en su obra "Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado". (13)

"Este autor apunta "Al lado de este primer error, procedente de una consideración falsa, en parte, de la misión - de la ley escrita, he distinguido en el método tradicional otra tendencia igualmente característica que, exagerada, - contribuye, en no pequeña parte, a malear los resultados - de la interpretación del Derecho; consistente ésta en el empleo de "concepciones puras", desarrolladas mediante una "Lógica enteramente abstracta" y consideradas como elementos necesarios de fecundación de los textos legales o elaboración de ideas jurídicas independientes."

En general se destaca de la crítica de este autor el - hecho, "De que la exageración del procedimiento lógico de abstracción pretende deducir de las soluciones dadas por - la ley, la idea general que puede solamente explicarlas a fin de afirmar efectos nuevos, extraños a todo indicio re-

sultante del texto legal, y para encajar tales soluciones prácticas se acude a una construcción teórica edificada íntegramente por el intérprete, sin otro fundamento que una débil tradición o la fantasía personal del autor. Claro está que bajo la falsa apariencia de la interpretación.

En páginas posteriores nos dice: "El abuso que señalo aquí respecto de los procedimientos lógicos del método tradicional, consiste por lo tanto, en considerar dotadas de realidad objetiva permanente, concepciones ideales de índole provisional y puramente subjetiva. Y esta falsa manera de ver, conduce al abuso de hacer residir A PRIORI todo el sistema del derecho positivo en un número limitado de CATEGORÍAS LÓGICAS predeterminadas por esencia, inmutables en sus fundamentos, regidas por dogmas inflexibles, impropios, por tanto, de acomodarse a las mudables y varias exigencias de la vida. Los verdaderos excesos del método en vigor son: de un lado objetivación absoluta e inmutalbe de las concepciones; de otro, y por una consecuencia necesaria limitación apriorística de categorías jurídicas.

Transcribimos a continuación uno de los múltiples ejemplos con los que este autor dá pábulo a su crítica.

"Sin multiplicar la serie de aplicaciones con que en gran cantidad me brindan cada una de nuestras teorías generales, séame permitido tan sólo el señalar el concepto jurídico del patrimonio como entidad independiente y sui géneris".

"Porque sabido es que Aubry y Rau sintetizaron toda esta teoría en un principio, que desde el primer momento se ha impuesto a todos. De esta idea a priori, de que el patrimonio es una emanación de la personalidad, y la expresión de la potencia jurídica de que una persona está investida como tal dedujeron estos autores como consecuencias lógicamente necesarias: 1.º, que el patrimonio es uno o indivisible, y que por su naturaleza excluye todo -

fraccionamiento en universalidades jurídicas distintas; -  
2,º, que es inseparable de la persona, e inalienable por -  
todo acto intervivos y pudiendo sólo efectuarse después -  
del fallecimiento del titular; 3,º, que no puede transmi-  
tirse, hablando propiamente, sino merced a una representa-  
ción perfecta del difunto y en provecho de los herederos,-  
que son los continuadores verdaderos de su personalidad -  
jurídica; por eso los citados autores consideran como -  
simples anomalías, en manifiesta contradicción con los -  
enunciados lógicos, los diferentes atentados a sus preten-  
didos principios, que no pueden menos de reconocer en la -  
ley. Al propio tiempo, y desde el punto de vista de su -  
contenido, nos presentan el patrimonio como un conjunto de -  
cosas fungibles, susceptibles de resolverse todas en una -  
estimación pecuniaria: así explican ellos la acción de in -  
rem verso, y la ficción de subrogación real admitida como  
regla general en la judicia universalis.

"Acerca de este último punto, la teoría de estos eminen-  
tes civilistas, recientemente sobre todo, ha hallado con-  
tradicciones; pero el conjunto queda intacto, y salvo dis-  
cusión en algunos detalles de sus deducciones, subsiste en  
nuestras escuelas como expresión de la más pura verdad ju-  
rídica.

"Sin embargo, no puedo dejar de reconocer que el subs-  
tratam de este edificio tan laboriosa e ingeniosamente le-  
vantado, no es otra cosa que un concepto ideológico, que -  
ha tomado de la realidad únicamente una noción elemental,-  
que el trabajo subjetivo de los intérpretes ha deformado -  
y desnaturalizado a su antojo. Ciertamente es natural con-  
cebir la noción de un conjunto de los derechos y obligacio-  
nes de una persona, formando un todo complejo y aparte de  
las cosas particulares que lo componen, y sometido a un ré-  
gimen homogéneo que responda a la idea de universalidad -  
jurídica. He aquí la noción elemental del patrimonio, que  
desde el punto de vista de la técnica jurídica y del dere-  
cho en general permite explicar por qué los acreedores pug-  
den dirigirse contra un bien cualquiera del deudor (artícu-  
los 2092 2093), y la transmisión universal del difunto, -  
compreensiva de todas las cargas. Pero cuando la concep-  
ción subjetiva trata de elevarse busca en la esencia de la  
personalidad los atributos del patrimonio; cuando deduce  
las conclusiones que acabamos de ver en Aubry y Rau, nota-  
se que su obra se convierte en inútil y peligrosa. Inútil

porque incapaz de servir de justificación a todas las soluciones legales, vese en la necesidad de abominar de -- gran número de ellas, como flagrantes atentados a la lógica, olvidando que la técnica jurídica, lejos de dominar -- la ley, está justificada solamente si la explica por entro. Al mismo tiempo, peligrosa, porque sin sus ideas pre concebidas que lo impiden, tendrían lugar muchos desenvolvimientos que puede y debe hacer la jurisprudencia por sí misma; el reconocimiento de patrimonios afectos a un fin, constituidos en fundaciones y por el intermedio de personas jurídicas públicas; la interpretación restrictiva de las disposiciones legales que impiden los pactos sobre sucesión futura; la absoluta separación de los efectos -- de la transmisión hereditaria, particularmente desde el -- punto de vista pasivo, con la idea un poco anticuada de -- la continuación de la persona del difunto por sus herederos. Y, a causa de la concepción usual del patrimonio, -- considerada como objetivamente necesaria, todas aquellas soluciones quedan indefinidamente privadas de prosperar, -- o que --cosa extraña-- no pueden llevarse a la práctica -- sin que, según las ideas dominantes, el legislador atente nuevamente contra los principios."

Se deduce tanto de las ideas transcritas inicialmente como de este ejemplo, que la preocupación fundamental de este -- autor está en ubicar los riesgos que de suyo tienen la elemental y -- por tanto falsaria, utilización de la abstracción propia a la construcción jurídica. En ninguna forma se deduce de su análisis una posición contraria al empleo de la abstracción dentro de la elaboración de toda sistemática jurídica. Se infiere eso sí la función que este elemento de técnica jurídica debe satisfacer, partiendo en primer -- término de la consideración realista, propia y subjetiva de cualquier

concepto sobre el cual se pretenda elaborar una construcción doctrinal.

¿ Qué quiere decir esto ? . Que los procedimientos técnicos generalmente empleados en la tarea misma de la construcción conceptual en Derecho, con el objeto de penetrar en la substancia del material jurídico contenido en los diversos preceptos de Derecho, descomponen las relaciones jurídicas en sus elementos más simples a efecto de partir hacia la elaboración de construcciones abstractas que darán sistematización a normas que tengan el mismo objeto, contribuyendo con esto al progreso no sólo de una pretendida sistematización sino también al progreso mismo de la práctica jurídica conduciendo al hallazgo de soluciones y activando con esto los motivos insertos en las disposiciones legales mediante conceptos que permitirán obtener consecuencias más equitativas.

Debe entenderse también que el resultado de estos procedimientos tiene un carácter "ideal" y "Subjetivo" porque como ya ha quedado asentado, la construcción jurídica radica la elaboración de sus hipótesis en abstracciones desprendidas del contenido mismo del material jurídico, correspondiendo el resultado de éstas a situaciones prácticas y de hecho que en un momento dado fueron tomadas en cuenta por el intérprete. patentizando en este punto el hecho de que en ningun-



na forma deberán ser tomadas como categorías a priori, para mantener y continuar las elaboraciones conceptuales que en momentos históricos - posteriores las exigencias prácticas obliguen a su realización.

Por estas razones Francois Geny, nos determina que el peligro evidente en la tarea de abstracción constructiva, consiste precisamente en llegar a objetivar estos elementos "ideales y subjetivos", en considerarlos como necesidades lógicas, atribuyéndoles una sustancialidad en sí (a priori), y por tanto imponiéndose como tales a la interpretación jurídica, no obstante la contradicción práctica que puedan oponerle las más apremiantes y evidentes necesidades de la existencia social. Ubicando el origen de este riesgo en la confusión de dos cosas muy distintas: por un lado los principios de justicia o de utilidad universal, elementales en su esencia (aún cuando varios en los detalles de aplicación, y conforme con las condiciones sociológicas), y por otra parte los procedimientos técnicos, sin más razón de ser, - que la de la aplicación de estos principios de origen conceptual, reducidos en definitiva a simples hipótesis científicas cuyo valor quedará señalado en la medida de su adaptación a la realización del fin señalado por la equidad suprema y destinados al incesante progreso en el sentido de un desarrollo más perfecto de su misión técnica.

Así también este autor determina en diferentes partes de su estudio al fenómeno que venimos refiriendo, que las justificaciones prácticas, (e incluso didácticas), con que se quiere encubrir esta

desviación en el empleo y desarrollo de las construcciones lógicas en Derecho, en ninguna forma explican el por qué de esta tendencia, basadas preponderantemente en razones de orden acomodaticio, y por lo mismo de un escaso esfuerzo tendiente a la realización de una verdadera tarea científica de sistematización.

En este sentido haciendo un simil con el desarrollo social y jurídico que en diferentes etapas se sucedió en Roma, Francois Geny, puntualiza como, en un estado de cultura jurídica que halló una firme inclinación a multiplicar las construcciones abstractas, se dió empleo a las mismas en forma restringida, deduciendo de los múltiples ejemplos que cita ( y basando su explicación en razones varias de orden histórico-sociológico en gran parte asimilables a las ya expuestas en el primer capítulo de este trabajo ), cómo puede explicarse "la tan escasa firmeza de lógica en el desarrollo de los conceptos porque los jurisconsultos romanos, prevenidos por su tacto jurídico contra toda exageración supieron conservar a estos conceptos su carácter esencialmente subjetivo y no ver en ellos más que lo que debían ser siempre, ideas aproximadas, hipótesis provisionales que tienen por objeto el adelanto científico, sin estorbar su progreso; en una palabra, instrumentos flexibles propicios a plegarse constantemente a las exigencias sociales y a todas las necesidades de la vida ". Sin afirmar radicalmente que el Derecho romano haya quedado siempre a salvo de esta anomalía.

Deducimos como corolario de lo expuesto que no podemos soslayar el hecho de que es necesaria a la ciencia una adecuada sistematización que enlace sus diferentes partes, refiera los efectos a sus causas, y funda el todo en una unidad armónica. Sin que impida el hecho mismo de cuestionar, el procedimiento científico, que rutinariamente se practica en esta parte de la técnica jurídica, preguntándonos cuál puede ser su valor racional, única medida del valor de los resultados que él puede darnos.

Las conclusiones de los puntos de cuestionamiento principales de este autor referidas al Derecho positivo privado redondean y cifran este análisis en las líneas que de su obra, a continuación transcribimos como conclusión a este apartado.

"Redúcese esencialmente el orden jurídico privado a una conciliación de las actividades libres y a una armonía de intereses en consideración a una finalidad de orden superior; sus bases firmes y profundas no pueden hallarse, por consiguiente (fuera de la ley escrita, que no puede menos de ser siempre incompleta) más que en la justicia y utilidad sociales, únicos elementos objetivos capaces de sugerir reglas fundadas en la naturaleza de las cosas y de interpretar las exigencias de la vida.

"Pero si comienza por una aplicación empírica, y procediendo mediante soluciones individuales, no permanece mucho tiempo el derecho en estado rudimentario de casos particulares y de decisiones ocasionales, el cual dejaría campo libre a la apreciación individual del juez, suspendería toda previsión para los intereses privados, y excluiría la seguridad para los derechos individuales. Pronto se obtienen las soluciones particulares, y mediante la abstracción y la generalización, obrando sobre la comparación de especies, reglas universales de amplias formas, de muy comprensivo contenido -

que permiten descubrir una serie de consecuencias, responder a numerosos problemas.

"Estos son los principios jurídicos, cuya fórmula podrá ser más o menos afortunada, según traduzca con mayor o menor exactitud las exigencias de la equidad positiva, pero que en sí mismas representan gran copia de entidades reales, dotadas de valor objetivo, porque están inspiradas en la naturaleza de las cosas, y las cuales pueden desarrollarse, por consiguiente, con la ayuda de la lógica, sin exponerse a abandonar el camino claro y seguro de las realidades.

"Al lado de la afirmación de principios así entendidos, corresponde a la misión de la jurisprudencia positiva el organizar mediante procedimientos artificiales y un poco arbitrarios, la aplicación de las reglas jurídicas, en adaptación segura y fácil a los fenómenos de la vida. Con este objeto da a estas reglas un carácter preciso y matemático, que no lleva consigo su naturaleza real y exacta. Por ejemplo, reducirá a criterios precisos e indiscutibles la determinación de la capacidad (señalamiento de la mayoría de edad, interdicción y nombramiento de consejo judicial), fijará la duración de los plazos de prescripción y de otros, plazos que limiten el tiempo de ejercicio de un derecho. En una palabra, por medios mil que en nuestro actual estado social suponen casi necesariamente la intervención legislativa, corresponde esencialmente a nuestra ciencia el procurar lo que se llama realizabilidad formal del derecho. En todo esto no abandona en modo alguno los principios considerados en su valor objetivo; se ocupa simplemente de extraer de ellos toda la sustancia práctica, para lanzarla, digámoslo así, en la circulación, con objeto de adaptar mejor estos principios a las circunstancias cuyo régimen tienen por fin.

"Pero nuestra técnica no se contenta con desentrañar los principios y darles la plasticidad necesaria para la satisfacción de las necesidades de la vida; sino que algunas veces se eleva por encima de estas realidades y salta a la región de las ideas puras. Aquí intervienen las concepciones y construcciones jurídicas. Se abandona el fin racional y práctico de las instituciones, y se conserva sólo un elemento ideal, desprovisto de enlace con la naturaleza y la vida; y con este elemento aislado del medio que le dió vida, por un esfuerzo de abstracción, el juriconsultor trabaja con sus propios medios intelectuales. Desprovistas de valor objetivo estas operaciones lógicas trascendentes, no tienen

más que valor teórico, dependiente del ingenio de quien proceden. Sin embargo, tienden también a resultados prácticos, puesto que se pretende deducir de ellas conclusiones positivas; sin embargo, su fecundidad lo que hace es aumentar el riesgo, porque desarrollando con el sólo auxilio de la lógica estos productos del pensamiento puro, inclinanse a olvidar su índole esencialmente subjetiva, y se les atribuye una realidad de que carecen. Todo esto es desnaturalizar el procedimiento y falsear todo su funcionamiento, porque no entrando en juego más que el pensamiento, difícilmente se domina, y porque su eficacia - debiera limitarse a descubrir analogías, suscitar hipótesis, cuyo mérito no puede apreciarse sino después de una detenida comparación con la vida.

"Ciertamente que no siempre es fácil distinguir estas puras concepciones del espíritu ajenas a la realidad, materiales de construcciones completamente ideales, de aquellos otros principios basados sobre los elementos sustanciales de la vida, que representan la realidad misma, expresados en una forma universal mediante operaciones intelectuales seguramente análogas, cuando no idénticas, a las precedentes. A veces sucede también que principios y conceptos coinciden, se cambian, para ofrecer a la práctica una regla general que brota de la realidad, pero transformada por la actividad del pensamiento en una realidad abstracta que domina los hechos y los rige en cierto modo mediante una poderosa fórmula.

"Esto explica que haya podido el legislador mismo imponer a veces (pocas ciertamente) una regla jurídica bajo la forma de una pura concepción. En caso semejante, por mucho que se diga, se impone la concepción al intérprete para deducir de ella todas las consecuencias que implica la fórmula legislativa. Y otro tanto puede decirse acerca de la esfera reservada a la autonomía de la voluntad, para el caso en que ésta, inspiradora y soberana de los actos jurídicos, hubiese infiltrado su contenido en la expresión de una idea completamente abstracta, cuando esta idea se nos presenta llena de realidades y efectos prácticos.

"Pero fuera de estos casos, en que el elemento ideal adquiere el valor de un mandato al cual no puede sustraerse el jurista, creo yo que cuando permanece libre frente a realidades objetivas, debe mantenerse apartado de los frutos exclusivos de su pensamiento, temeroso de olvidar la subjetividad de estos conceptos y de transformar las hipótesis en principios, las analogías en certidumbres y de desconocer esta verdad -

esencial, la de que la única lógica segura y fecunda para la jurisprudencia positiva, se obtiene de los elementos objetivos de la vida social, de la armonía de las creencias y deseos que suscita por la aplicación del imperativo categórico de justicia y de las aspiraciones tan complejas de la utilidad general.

"No me parece dudoso que nuestro método tradicional ha olvidado demasiado estos preceptos, y que se ha dejado engañar por la falacia de las ideas e ilusiones, por el atractivo falso de la pura dialéctica; de lo cual creo haber presentado aquí más de un ejemplo decisivo. Como hemos visto, con harta frecuencia ha tomado nuestra ciencia por realidades objetivas lo que no era más que una concepción subjetiva. Confundiendo así el medio con el fin, ha limitado sus categorías, estereotipado sus construcciones, falseando con esto su misión y paralizando ella misma su progreso. Todo esto proviene de una posición falsa desde el principio de sus investigaciones, y en el fondo, de un verdadero abuso de las abstracciones lógicas. Este error y este abuso para el cual me inclino a proponer la denominación de trascendentalismo en jurisprudencia, es lo que he pretendido revelar y cambiar en este capítulo."  
(14)

### 11.3 La Ficción en la doctrina contemporánea.

Los puntos desarrollados en el capítulo I así como en los apartados anteriores, encuentran su justificación en la determinación que, de la naturaleza jurídica de las ficciones en Derecho, se procederá a realizar en el presente apartado.

Es un hecho, generalmente aceptado por la doctrina contemporánea el entender a la ficción jurídica como un elemento de técnica jurídica de dinamismo o desarrollo jurídico, así se deduce de las definiciones de los autores que con mayor detenimiento han precisado el carácter de este concepto. El Profesor Luis Legaz L., (15) nos dice: "La ficción es una construcción a la que se asigna un valor hipotético e instrumen-

mental, subordinado a su aptitud para facilitar una concepción jurídica o para provocar una realidad deseada e inexistente, considerada preferible a la actual". O así también el Profesor Rafael Llano Cifuentes, en su obra "Naturaleza Jurídica de la Fictio Iuris", en referencia a su estudio realizado de la ficción jurídica dentro del Derecho canónico expresa, que debemos considerar a la ficción como (16): "Un instrumento de técnica legislativa por el que, equiparando formalmente en una norma dos supuestos de hecho realmente diferentes, se consigue una equivalencia en su tratamiento jurídico, al otorgar a uno los efectos jurídicos que otra norma adjudica al otro, sin necesidad de enumerar esos efectos".

Definiciones estas que hacen derivar a la ficción jurídica como "una fórmula abreviada" en la que se dispone que algo se ha de regular "como si" se hubiere producido de otro modo o en otro tiempo. Implicando por tanto una calificación en el orden valorativo a supuestos de hecho diferentes, características que determina a estos autores a concebir a la ficción como un instrumento técnico, que en sí no contendrá una verdad especial opuesta a la realidad (es decir una suplantación o simulación de una realidad natural por otra puramente fingida con valor de verdad jurídica), sino que será la expresión tan sólo de la equivalencia jurídica de dos supuestos de hecho.

Por otra parte también suele definirse a la ficción jurídica como una mentira técnica, es decir que se concibe a la ficción como: "Una institución de la regla jurídica, legal o consuetudi-

naría, en virtud de la cual se simula que ocurrió algo no sucedido o -  
que no aconteció aquello que realmente tuvo lugar". Definición ésta -  
tomada de Bonilla San Martín A. (17), que concibe a la ficción como una  
verdadera "mentira convencional", contraria a la verdad que engendra  
una especie de "verdad jurídica", más positiva y menos discutible que  
la "verdad verdadera". - De modo semejante, Ennecerus (18) afirma  
que: "las ficciones establecen que una proposición jurídica (o un comple-  
jo de proposiciones jurídicas) es decisiva para un hecho nuevo al efec-  
tuar una "transformación" de este hecho de forma irrefutable y contra  
su verdadera naturaleza, a fin de que se ajusten a aquella proposición  
jurídica."

La posición expresada por Legaz Lacambra y Llano Ci- -  
fuentes como ya se indicó deriva de ponderar el hecho mismo de la fic-  
ción con la naturaleza positivo-valorativa del Derecho, afirmando por -  
lo tanto que sería desnaturalizar la esencia del pensamiento jurídico -  
científico, interpretar la ficción como una pura simulación o mentira, -  
puesto que las normas contendrán una valoración expresada en la imputa-  
ción de una determinada consecuencia a un hecho o antecedente, adapta-  
ción ésta de un punto de vista sobre la justicia a determinada realidad  
social, que no tiene por qué reproducirla o modificarla (en su reali-  
dad natural).

Por esto cuando a supuestos de hecho iguales no se --  
aplica las mismas consecuencias y, en cambio, se aplican las mismas a -



supuestos diferentes, por la necesidad sentida por el legislador de reducir a un tipo perfectamente delimitado y seguro determinada valoración suya, no se estará considerando "naturalmente" igual o desigual, sucedido o inexistente el hecho natural, sino que a este hecho se le pondera igual o desigual, existente o inexistente sólo en su relevancia jurídica. Por eso es que la ficción jurídica no implicará una "mentira" considerada en su esencia, aún cuando en las leyes, por distintas causas, se exprese en forma de mentira.

Estas consideraciones ya habían sido ponderadas por Rudolf Stammler, (19) quien para aclarar el significado de esta figura realizó la referencia a la estructura de la norma jurídica indicada por Kelsen: "juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada", teniendo así el siguiente esquema: dado "A" debe ser "B" en el cual "A" es la situación de hecho (antecedente) y "B" es el efecto jurídico. Ahora bien, al atribuir un efecto "B" al antecedente "A" el Derecho se funda en un juicio de valor, así si por ejemplo se formalizó un contrato de arrendamiento, debe ser el pago del alquiler en el tiempo convenido, pero es claro que la imputación de "B" (pago del alquiler) al antecedente "A" se fundamenta en que "B" es concebido como un "medio" para obtener un "fin".

De ahí la observación de este autor, de que la norma como juicio hipotético se fundamenta en una relación de "fines" y "me-

dios", y no de "causas y efectos".

Por estas razones es por lo que estos autores se niegan a admitir que la ficción equivalga a una fantasía, pues ésto implicaría proclamar una falsedad a sabiendas. El hecho de que el legislador disponga que algo se ha de regular "como si" se hubiere producido en forma diferente, equivale sólo a una redacción que simplifica una determinada voluntad jurídica de atribuirle ciertos efectos (expresados previamente) a dos supuestos diferentes. Legaz Lacambra (20) divide las ficciones de la siguiente manera:

Se ha hablado de ficciones "tipificadoras" y "equiparadoras". Las primeras establecen un caso normal como regla general al que hay que ceñirse sin excepción alguna, desconociéndose así las características de los casos excepcionales. La finalidad de esta aparente injusticia es la economía de la reglamentación y la previsibilidad de las soluciones, en provecho de la seguridad jurídica. Las ficciones equiparadoras serían "la asimilación para todos o algunos efectos jurídicos de dos casos ontológicamente diferentes," ya colocándolos en pie de igualdad, ya asemejando un caso a otro. Su finalidad sería un sacrificio en honor de la brevedad, pues se ahorraría la repetición de las consecuencias jurídicas enlazadas con un caso al hablar del segundo equiparado. A continuación anoto algunos ejemplos de ficción dentro de la Doctrina contemporánea en su aplicación a diversas instituciones.

Citemos en primer término la fijación del concepto legal de mayoría de edad, que en nuestro sistema positivo encuentra su fundamentación en el Art. 34 de la Constitución General de la República, y que se determina a los dieciocho años de edad, límite en el cual la persona adquiere la capacidad legal para autodeterminarse en la forma más amplia posible en lo que respecta al ejercicio de sus derechos y obligaciones.

La ficción legal aquí se destaca en la ponderación de realidades que de hecho podrán presentar diversas modalidades ajustándolas o reduciéndolas en su tratamiento o consecuencias de Derecho a un sólo concepto, que en forma general atribuirá como ya se mencionó un conjunto de derechos y obligaciones a todo sujeto que se encuentre dentro de este supuesto legalmente establecido, reparando en considerar tan sólo el hecho de un posible desarrollo físico y psíquico que dentro de un término específico en promedio se debiera dar.

Por otra parte, la utilización de la Ficción a su vez, la encontramos en la explicación que algunos autores dan respecto de instituciones como la representación, la personalidad jurídica de los entes colectivos, así como el trato legal que para determinados efectos el derecho positivo da al concebido, situaciones todas y cada una de estas dentro de las cuales se dice se recurre a ese expediente de ficción a efecto de dar una regulación a realidades diversas teniéndolas "como si" fueran similares, es evidente que aquí -

la ficción se toma en cuenta en forma diversa que en la referencia hecha respecto a la mayoría de edad, pues en las instituciones de representación, personalidad colectiva y tratamiento del concebido, esta figura explica la regulación de dos realidades diversas en forma similar a través de la equiparación de figuras que teniendo por finalidad la regulación de una realidad específica se amplían para comprender nuevos supuestos de hecho.

Así se evidencia en la atribución a las entidades colectivas de una serie de derechos y obligaciones como consecuencia de la personalidad jurídica por medio de la cual podrán desarrollar los múltiples fines comprendidos en su objeto, pero es evidente que éstos entes cuentan con una realidad diversa de aquélla de la que partió la elaboración del concepto de personalidad en Derecho, como lo es el ser mismo de la persona humana.

En referencia a los otros dos ejemplos apuntados la ficción en el caso de la explicación de la representación, se dá en el hecho de comprender la intervención en un acto de una persona en nombre de otra a la que se atribuirán generalmente y en forma directa los efectos jurídicos de la intervención física de la primera, es decir, se toma "como si" en realidad el representado que no asistió a la celebración del negocio jurídico, hubiese expresado su voluntad directamente. (Se menciona que generalmente se atribuyen los efectos en forma directa, pues no se debe olvidar la existencia de la figura del mandato sin representación).

Por lo que hace a la atribución que de ciertos derechos a manera preventiva y eventual, el Derecho privado (Art. 22 Cód. Civ. D. F.) comprende para todo concebido, se tiene que recurrir a la ficción para poder atribuirle esos derechos de los que por sí aún no podría ser titular, asimilando en forma limitada y sujeta a la eventualidad del nacimiento el tratamiento de los derechos que pudieren corresponderle como una persona con plena capacidad.

De los ejemplos mencionados se comprende en mejor forma el ser de la ficción en Derecho y el por qué en este trabajo se hizo previamente referencia a la construcción jurídica; pues la ficción en posición generalmente aceptada en Doctrina no es un expediente al que se recurra para en forma consciente tergiversar la realidad, pues en su sentido jurídico la ficción sólo implica la asimilación de supuestos de hecho diversos que por razones prácticas o de conservación de conceptos ya elaborados dentro de una sistemática jurídica, para su encauzamiento y regulación en igual forma, tomando en consideración que la relación entre todo elemento jurídico que pretenda regular una determinada conducta de acuerdo a una serie de supuestos ficticios, es una relación de medio a fin y no de causa a efecto, por lo que atribuir a dos realidades diversas consecuencias similares en Derecho, no implicará propiamente estar fingiendo una realidad sino tan sólo de acuerdo con la naturaleza valorativa de toda norma jurídica se considera adecuada su identificación.

Por las razones apuntadas es por lo que diferimos de la pretendida identificación entre el "error judicial" que pudiere darse en la sentencia definitiva de todo proceso y la ficción jurídica, pues si bien es cierto que en ocasiones, no pocas por desgracia, el resultado contenido dentro de un laudo final discrepa de los supuestos de hecho a los que en forma jurisdiccional sujetara, propiamente no se podrá hablar de una ficción jurídica, pues de hacerlo así se estaría dando una asimilación entre el significado que semánticamente se atribuye al vocablo ficción con el propiamente jurídico, situación que en extremo nos llevaría a conceptuar a toda expresión jurídica como una ficción; pues como ya quedó dicho, las elaboraciones conceptuales jurídicas que tendrán su extereorización en las normas positivas, nunca serán un reflejo exacto de la realidad fáctica que pretenderán encauzar, sino una valoración que partiendo de ella, buscará orientar hacia fines axiológicamente determinados.

Por último y antes de examinar el pretendido condicionante de "dinamismo jurídico" atribuido así también en forma generalizada por la Doctrina Contemporánea a la ficción, mencionaré que de acuerdo al concepto expresado de ficción jurídica, múltiples figuras en otras ramas de nuestro Derecho implican verdaderas ficciones, como en Derecho Administrativo la conocida "negativa ficta" o silencio administrativo, en materia tributaria la condonación fiscal, reguladas respectivamente en los Arts. 92 y 39 del Código Fiscal de la Federación.

Considero por mi parte que la determinación del concepto de ficción jurídica, como una "mentira convencional" puede derivar de una adecuación mal realizada del concepto generalmente aceptado de fictio iuris, dado hacia el año 1551 por Andrés Aliciato en su obra "De Praesumptionibus Tractatus" en donde la concibió como "fictio est legis adversus veritatem in re possibili ac ex iusta causa dispositio", expresando gran influencia en su elaboración de los comentaristas Bartolo y Baldo.

Ahora bien, se habla de una adecuación poco afortunada en primer término porque el concepto elaborado por este autor (fundador de la Escuela Humanística del Derecho), tomó en cuenta la actividad propia del magistrado realizada en íntima vinculación con el carácter rígido y formalista del Ius civile romano, asimilando esta forma de "actuación" jurídica en su contexto histórico, totalmente diferente, al menos en este aspecto, al existente en la sistemática jurídica contemporánea. (21)

Por último, actualmente encontramos que la ficción jurídica ha sido considerada por algunos autores, como un particular aspecto de la ficción científica en general, derivada esta posición de las ideas expresadas por el autor Hans Vaihinger (1852-1933) --

quien a través de su estudio "Die Philosophie des Als Ob", (22) y - - otros trabajos posteriores emprendió la tarea de explicar las bases de toda ciencia aplicando la partícula "Als Ob" (como si). Intuyendo un - valor hipotético a esta partícula; este autor deriva la conclusión de que tanto la religión como la ética o las ciencias físicas se apoyan - en bases hipotéticas y en conceptos ficticios.

El tratamiento de la trascendente obra del autor que se menciona excede con mucho al marco del presente trabajo, pero su - mención es obligada así sea en forma indirecta por la reproducción de fragmentos que de la misma realiza el Dr. Francisco Lerca Navarrete en su libro "El Derecho natural hoy a propósito de las ficciones jurídicas." Puesto que de esta obra derivan posiciones que con respecto a la naturaleza misma del Derecho llegan a determinarlo como una pura ficción, - que no tiene existencia ni en la realidad exterior ni fuera de la norma a la que está incorporado, esquematizándose en la vida misma "como - si" existiere un mundo jurídico real. Tal es la idea fundamentalmente expresada por los autores W. Strauch en su obra "Philosophie des Als - Ob un die hauptsächlichsten Probleme der Rechtswissenschaft" (1923) y R. Mallachow en su "Rechtserkenntnistheorie und Fiktionslehre" (1922).

Para Legaz Lacambra (23) "Vaihinger es, fundamentalmente, un sensualista, lo positivo, lo objetivamente dado son sólo las sensaciones y sus conexiones. El "yo" es una ficción (es decir, una - suposición conscientemente falsa), así como las "cosas" con sus "pro-



piudades" y la "casualidad". Esta, como las demás categorías, no son sino medios económicos de dominar las sensaciones; no tienen originariamente otro fin. Nacen de esta necesidad práctica y su número y sus clases especiales son determinadas por las distintas formas exteriores del ser a las cuales debe acomodarse el espíritu. La ficción tiende, pues, a conocer la realidad, pero por medio de una consciente contradicción con la realidad. Pero el hecho de que no aprehendamos la realidad por las categorías, no debe disminuir en nada el valor de éstas. Podemos y debemos seguir hablando "como si" existieran cosas y almas: pues estas ficciones son biológicamente útiles".

Cabe resumir lo que antecede, diciendo que la doctrina del "como si" viene a perfilar a la ficción, instrumento técnico posibilitante del dinamismo jurídico, como hipótesis lógica y pragmática en contradicción consciente con la realidad que es simplemente supuesta o conjeturalmente contemplada. En un escepticismo que mucho tiene que ver con el apriorismo kantiano de la Crítica de la razón pura y de la Crítica de la razón práctica. Manuel García Morente (24) al comentar la teoría gnoseológica kantiana de la crítica de la razón pura nos ayuda a perfilar mas adecuadamente la idea central de esta teoría del - Als ob: "Conocer un objeto -escribe- es referirlo al concepto a que pertenece; es propiamente reconocerlo, descubrir en él al 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 general, es como si en lugar del objeto particular - pusiera el concepto, o como si el objeto particular me hiciera recor-

dar el concepto y ascendiera a la dignidad de ejemplo o paradigma del concepto".

Como escribe el profesor Legaz Lacambra "De hecho, - Vaihinger tuvo presente en su elaboración la teoría de las "fictio iuris" del Derecho romano, encontrando analogías entre el proceso lógico que lleva a la necesidad de la "fictio" en los casos en que la ley establece que algo no sucedido se tenga por acaecido o, al contrario, - que un caso singular forme parte de una relación analógica, de modo - que contradiga fuertemente a la realidad, y el proceso del pensamiento en general que en el acto del pensar pone construcciones conceptualistas que no solamente contradicen a la realidad, sino que en sí mismas son contradictorias..." (25). Antecedentes que, metodológicamente, enlazan con su acervo neokantiano.

Esta tendencia en afirmación del mismo Profesor Lorca Navarrete, parece ofrecer la posibilidad de definirnos integralmente - la naturaleza de la ficción en Derecho de acuerdo a estas razones, "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. En un mundo que como se dice está en crisis, cobra cada vez más valor la autenticidad, esto es, el saber - qué es cada cosa, el saber quién es quién. Así vemos cómo para J. Dabin insertándose en esta línea ha catalogado a la ficción como un procedimiento extremo, radical, que consiste en falsear conscientemente y

en desnaturalizar la verdad. Y así vemos, sobre todo, cómo Georges -- Cornil comentando el libro de René Dakkers *La fiction juridique, Etude de Droit romain et de Droit compare*, tras de definir lapidariamente a la ficción como "expediente hypocrite", se pregunta muy seriamente sobre la utilidad de las ficciones jurídicas. Atento al hecho de que las ficciones jurídicas contenidas en el Código Francés de 1804 no han sido recogidas en los códigos posteriores de Alemania y Suiza". (26)

En resumen, resultando hasta cierto punto unánime y pacífica la opinión de la doctrina en cuanto a la consideración de las ficciones como un instrumento técnico, y lógico no puede decirse otro tanto de las conclusiones a que llega cada autor, en cuanto se adentra en las sutilezas que conllevan al rechazo o admisión de la nota "adver sus veritates".

#### II.4 Conclusión a las posiciones apuntadas.

Ubicado en este punto del desarrollo dado al tema objeto del presente trabajo, expresaré en el presente apartado mi punto de vista respecto a la naturaleza de la Ficción en Derecho, en relación a cada una de las tendencias expuestas.

Se evidencia el hecho de que la expresión jurídica de todo acontecer social tiene una sustantividad propia, que no se confunde con el ser mismo de la naturaleza ni menos aún con aquel elemento - finalístico que propicia su creación (que puede ser de índole eminente mente pragmática y funcional, o que contemplando así mismo este fin in

mediato tienda a la realización de un valor más amplio y pleno como el bien común).

Las proposiciones normativas hacen referencia directa a la conducta humana, nunca intentando dar "el enunciado de su existencia" ni la expresión de las posibles conexiones (razones) del humano obrar, sólo valoran esa realidad adjudicándole determinadas consecuencias. Por lo que la vinculación a un hecho real en este tipo de disposiciones nos muestra al hecho como algo susceptible de diversa apreciación, de este modo, al referirse a un mismo acontecer de la realidad - valorándolo en forma diversa no se podrá hablar de falsedad en la misma, pues sólo implica la contemplación de uno o más hechos similares o de naturaleza diversa a la luz de diferentes razones valorativas.

Las normas jurídicas no se confunden con la realidad sociológica en su puro aspecto de naturaleza factica. El legislador - tiene la potestad de otorgar unos efectos jurídicos a determinados supuestos de hecho, que estrictamente no se encontrarán tomados en cuenta en su exacta realidad natural, es decir que estos efectos son producidos por una valoración que en uso de sus facultades realiza.

Por estas razones será inadecuada la ponderación que se realiza respecto de la ficción jurídica calificando su naturaleza - como la de una mentira convencional, que implica una desnaturalización

consciente de la realidad. Pues esta postura no calibra en su justa medida la tarea y alcances de cualquier elemento conceptual técnico, - de la Teoría General del Derecho, (que ha tenido propiamente su arranque y desarrollo a partir de las elaboraciones conceptuales realizadas por los glosadores). (27)

En este punto cobra relevancia lo expresado en el primer capítulo de este trabajo. Resulta evidente la influencia que ha tenido la definición de la Fictio iuris deducida por Alciato hacia el año 1551, en la conceptualización que parte de la Doctrina contemporánea - realiza de la ficción como un expediente técnico "que contraría la realidad."

Como ya se mencionó la ficción para los romanos implicó la necesidad de recurrir a un instrumento que posibilitara la comprensión jurídica de una multiplicidad de casos que por las cambiantes condiciones sociales quedaban fuera de la órbita de comprensión del antiguo ius civile.

Situación ésta que contrasta grandemente con las posibilidades de elaboración conceptual que a través de diversos instrumentos técnicos puede echar mano la técnica jurídica contemporánea a fin de encuadrar o comprender nuevas y diversas situaciones de hecho no reguladas aún por las disposiciones positivas.

Por otro lado la tendencia doctrinal que determina a la ficción jurídica como un instrumento técnico posibilitante del din mismo jurídico, que en sí mismo no comprende una contradicción con el orden natural de las cosas. Consideramos que tiene el mérito de fijar el carácter mismo de la ficción como un instrumento técnico conceptual de técnica jurídica, que partiendo de la determinación misma del vínculo existente entre realidad y norma objetivada, llega a esta acertada conclusión.

Con respecto a esta posición es necesario traer a cuen ta los puntos de vista transcritos en el apartado II.2 de este capítulo del gran juriconsulto Francois Geny, en relación al empleo y utili dad de la construcción jurídica como medio de abstracción y elabora- ción sistemática de los "materiales" comprendidos en los preceptos de Derecho, a fin de ponderar si la ficción como elemento técnico-jurídico, en verdad es posibilitante de un dinamismo o desarrollo jurídico.

Si bien es cierto que la ficción jurídica en cuanto - que elemento conceptual, no se asimila a lo que la doctrina contemporá nea contempla y define como construcción jurídica, sí encuentra relación con la misma, ya que ambas siendo abstracciones técnicas tendientes a - la comprensión (y en caso de la construcción jurídica fundamentalmente a la sistematización), de diferentes supuestos de hecho encuadrados en diversas disposiciones de carácter positivo, tendrán una referencia - obligada en cuanto a su eficacia y practicabilidad, a este sustento de

carácter positivo.

Por esto F. Geny advierte de las nocivas consecuencias de no ponderar en su justa medida los resultados de las abstracciones derivadas de la construcción (conceptual) jurídica.

Nos dá múltiples ejemplos de esta desviación de la tarea constructiva en diversas instituciones de Derecho privado positivo (francés) como son, la regulación dada a los entes colectivos al asimilarles una "personalidad" para explicar su existencia, o también la búsqueda del fundamento que explique "necesariamente" y no sólo desde un punto de vista técnico la distinción entre derechos reales y personales, así mismo cuestiona el origen de carácter "necesario" que se atribuye al patrimonio como elemento derivado de la personalidad.

¿Qué ideas a manera de conclusión podemos inferir del incisivo tratamiento que F. Geny dá a la construcción jurídica a fin de relacionarlo con la ficción jurídica, "como elemento posibilitante de desarrollo jurídico?".

F. Geny señala en forma rotunda la función que la sistematización (indispensable), en todo ordenamiento jurídico deberá tender a realizar, dando coherencia a sus diferentes partes, (elaboración de teorías) nunca procediendo a "absolutizar" el supuesto de que parta convirtiéndolo en un a priori, que desvirtúe la naturaleza misma de Derecho.

Este autor al puntualizar la naturaleza propia de los elementos que conforman los materiales jurídicos de los que partirá toda construcción (dotados de carácter eminentemente subjetivo y provisional), nos ubica en la función que todo elemento técnico debe cumplir, en relación con las cambiantes situaciones que propicien una transformación en las instituciones.

A manera preliminar y en base a las ideas expuestas, expreso que la ficción jurídica si bien podrá ser concebida como un elemento de técnica jurídica, sólo y en muy pocas de sus aplicaciones podrá ser considerada como posibilitante de un "dinamismo jurídico". Antes al contrario implicará una falta de adecuada y científica elaboración constructiva-jurídica, implicando su ser mismo un expediente que por diversas razones de orden práctico ha sido empleado, y que siempre debe ser sustituido lo antes posible. (Mencioné que a manera preliminar expongo estas ideas porque el concepto que deduzco de la ficción en Derecho lo desarrollo en forma más amplia en el capítulo III de este trabajo).

Para concluir este apartado me referiré a aquella postura que algunos autores contemporáneos asumen en la explicación de la ficción en Derecho, ponderándola con respecto a la ficción científica en general como método de conocimiento de la realidad.

Como ya se mencionó esta posición deriva fundamental-



mente de las ideas expresadas por Hans Vaihinger en su teoría del "Als Ob" (como si). De acuerdo a este punto de vista algunos autores ya mencionados (Strauch, Mallachow) conceptúan el ser mismo del Derecho como una ficción, que no tiene existencia ni en la realidad, ni fuera de las normas a que se encuentra incorporado. normas que pretenden valer "como si" en verdad expresaren a la realidad misma, no ofreciendo más que una apariencia ficticia de ésta.

Con respecto a esta tendencia podemos señalar que desnaturaliza el ser mismo del Derecho, que no pondera el hecho de que las normas se encuentran abstraídas de la realidad, que aunque teniendo su origen en ella, no pretenden ser la misma realidad, valorándola sólo con el fin de regularla positivamente.

Dentro de esta misma tendencia, aunque con un matiz totalmente diferente al expresado en las teorías que asumen el ser mismo del Derecho a una ficción, encontramos la postura del Dr. Francisco Lorca Navarrete, que declarándose convencido de que sólo dentro de esta posición que desborda los límites tácitamente impuestos por quienes se concretan a la adjudicación de un carácter puramente técnico a la ficción jurídica, se podrá comprender el porqué de esta figura.

El Dr. Lorca Navarrete, implícitamente nos induce a un análisis propiamente filosófico general, respecto de la naturaleza de la ficción en Derecho a diferencia de aquel que sólo se ubique en -

un plano técnico-jurídico en este sentido no nos parece clara la postura del autor que se menciona pues, en primer término, declara que quienes asimilan el carácter de la ficción en Derecho a un elemento técnico sólo se han ocupado parcialmente de la cuestión, pues puntualiza, que sólo a través de un examen de este instrumento "a la luz de una visión trascendente del Derecho", podremos encontrar su explicación plena, (que el mismo no encuentra y matiza como una muestra entre muchas de la imposibilidad del positivismo para abarcar la realidad que regula). (28) Es precisamente en este punto donde este autor no pondera en su justa dimensión, el elemento técnico propio a toda elaboración jurídica, parcializando su posición, pues identifica el ser mismo de lo jurídico con un jusnaturalismo (que el no explica adecuadamente en cuanto a su relación con otros elementos como los lógico-formales y los sociológicos) y que aparentemente según se desprende del sentido general de su obra, "explicara e informara necesariamente" todo contenido e incluso toda elaboración conceptual jurídica. Ideas todas estas que dan pábulo introductorio al contenido del siguiente capítulo, donde encontrarán más amplio desarrollo.

N O T A S

- (10) Luis Legaz y Lacambra, citando a Laband en su, "Filosofía del Derecho". Edit. Bosh, S.A. (Barcelona). Cuarta Edición. (Pág. 61)
- (11) Luis Legaz y Lacambra, citando a Radbruch, op. cit. (Págs. 62 y 63)
- (12) Luis Legaz y Lacambra, op. cit. (Pág. 69)
- (13) Francois Geny. "Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado". Edit. REUS, S.A. (Madrid, 1925). (Págs. 121, 124, 127, 140, 171 a 182).
- (14) Ibidem. op. cit. (Págs. 188 a 194).
- (15) Luis Legaz y Lacambra, op. cit. (Pág. 70)
- (16) Rafael Llano Cifuentes. "Naturaleza Jurídica de la Fictio iuris", - Colección Canónica del Estudio General de Navarra, Ediciones Rialph, S.A. (Madrid, 1963). (Págs. 195 y 196).
- (17) Adolfo Bonilla San Martín. "La Ficción en Derecho". Librería Gral. de Victoriano Suárez. (Madrid, 1912) (Pág. 18).
- (18) Rafael Llano Cifuentes. op. cit. (Pág. 175.)
- (19) Cfr. Rudolf Stammler. "Tratado de Filosofía del Derecho". Edit. Nacional (México), Primera edición, (Págs. 318 a 320).
- (20) Cfr. Luis Legaz y Lacambra, op. cit. (Págs. 73 a 76).
- (21) Rafael Llano Cifuentes. op. cit. (Pág. 23).
- (22) Cfr. Francisco Lorca Navarrete. "El Derecho natural hoy a propósito de las ficciones jurídicas. Edit. Pirámide, S. A. Madrid. Segunda edición. (Págs. 86 y sigs.)
- (23) Luis Legaz y Lacambra. "Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena". Edit. Bosh. (Barcelona, 1933). (Pág. 215).
- (24) Manuel García Morente. "La filosofía de Kant". Librería general - Victoriano Suárez 1961. (Pág. 120).
- (25) Luis Legaz y Lacambra. "Kelsen". op. cit. (Pág. 125)
- (26) Francisco Lorca Navarrete. op. cit. (Pág. 105).
- (27) Luis Legaz y Lacambra. "Filosofía del Derecho". op. cit. (Págs. 38 a 42).
- (28) Cfr. Francisco Lorca Navarrete. op. cit. (Págs. 122 a 128).

## CAPITULO III

### NATURALEZA DE LAS FICCIONES JURIDICAS

#### III.1 Hecho, valor y norma, la ficción en la Teoría Tridimensional del Derecho.

### III.1 Hecho, valor y norma, la ficción en la Teoría Tridimensional del Derecho.

La ficción como elemento técnico-jurídico de construcción conceptual debe ser observada, a fin de entender su verdadera naturaleza (jurídica), dentro de un marco en el que se determine así mismo la esencia del ser de lo "jurídico". Lo que se quiere destacar - con esta afirmación es el hecho de que el tratamiento y análisis, de todo instrumento lógico en Derecho quedara incompleto si su ser y desenvolvimiento no se vinculan a elementos tanto de carácter valorativo como de eficacia social.

En este punto partiremos de la posición adoptada por el jurista brasileño Miguel Reale (29) en su conceptualización de la esencia del Derecho a través de lo que él denomina una "teoría tridimensional" de lo jurídico, a fin de poder comprender en su justa medida la labor constructiva, lógico-conceptual en Derecho, y con ello el ser mismo de las ficciones jurídicas.

La explicación del punto de vista de Miguel Reale se realiza a continuación, al igual que las razones que motivaron el desarrollo de su posición en referencia al tema objeto de este trabajo.

El "Derecho", posee tres dimensiones.

Para los iusnaturalistas a ultranza sólo las normas - con intrínseca validez ideal merecen el nombre de Derecho. Los positivistas extremos en el Derecho ven sólo el conjunto de mandatos emitidos por el poder público o el conjunto de normas que tienen una validez formal dentro del sistema del orden jurídico positivo. Los sociólogos por su parte consideran que el Derecho está constituido exclusivamente por las pautas que se cumplen de modo real y efectivo en una determinada sociedad, es decir, ven en el Derecho tan sólo el conjunto de unos hechos sociales de un cierto tipo. Cada una de estas tres -- actitudes encarna un punto de vista desde el cual se contempla un aspecto del Derecho; el Derecho no consiste exclusivamente en una sólo faceta de los tres aspectos indicados. Consiste, en un objeto que esencialmente contiene los tres aspectos íntima y recíprocamente unidos de modo inseparable.

El Derecho es uno de los productos de la cultura. -- Por consiguiente, brota en hechos de la realidad humana social. Como producto de cultura, trasciende los límites de esa realidad para apuntar necesariamente, hacia unos valores. En toda acción humana, lo mismo que en todo producto de ésta, en toda obra de cultura, late esencialmente la referencia a un valor, el propósito de realizar ese valor. Tal propósito podrá tener o no tener éxito, pero existe siempre esencialmente. Esa realidad que constituye el Derecho y que posee la dimensión de referirse a valores, tiene forma normativa. O sea, el Derecho es norma.

En esta concepción se conservan las tres dimensiones -valor, norma y hecho-, indisolublemente unidas en relaciones de esencial implicación. El Derecho no es un valor puro, ni es una mera norma con ciertas características especiales, ni es un simple hecho social con notas particulares. Derecho es una obra humana social (hecho) de forma normativa encaminada a la realización de unos valores. Esas tres dimensiones no se dan como tres objetivos yuxtapuestos, por el contrario, son tres aspectos esencialmente entrelazados, de modo indisoluble y recíproco.

Y es aquí donde se nos muestra más claramente los riesgos de una labor conceptual constructiva en Derecho, cuando como nos señala Francois Geny en su obra "Método de interpretación y fuentes en Derecho privado" (ampliamente referida en el apartado 11.2 del capítulo precedente), que el hecho de abusar de los procedimientos del método tradicional "constructivo" nos conduce a considerar dotadas de realidad "objetiva permanente" concepciones ideales de índole provisional dirigidas a la regulación y comprensión de determinadas hipótesis dadas en un contexto histórico-social específicamente determinado, y por tanto sujeto a transformación.

El atribuir como en el caso específico de las ficciones jurídicas determinadas consecuencias a supuestos de hecho no comprendidos dentro de las disposiciones positivas-vigentes implicará en la mayoría de los casos una falta de una adecuada labor constructiva -

conceptual, que encontrará su origen y explicación fundamentalmente - en esa incorrección de considerar dotadas de una sustancialidad propia, elaboraciones "constructivas" (que forman parte de la sistemática jurídica), forzándose a encuadrar dentro de formas conceptuales a la manera de "categorías lógicas", subsecuentes figuras e instituciones derivadas del cambiante, y diverso acontecer social, que generalmente desbordarán.

Los ejemplos, ubicando el problema dentro de nuestro sistema jurídico-positivo, son numerosos (ya quedó apuntado en capítulo II la crítica que F. Geny realiza a diversas instituciones de Derecho privado francés, examen en gran parte asimilable a las correspondientes en Derecho mexicano "personas" como sujetos únicos - del Derecho, el referente a la distinción entre derechos reales y de crédito, la noción jurídica del patrimonio, cuya transcripción de este último realizamos en las Págs. 35 a 37), estos excesos en las elaboraciones conceptuales, los podemos encontrar también en otras áreas, citemos al efecto el tratamiento dado a una figura de gran des envolvimiento práctico pero de variada conceptualización en cuanto a su naturaleza jurídica, como lo es el fideicomiso, al que se ha atribuido en la incesante búsqueda de razones jurídicas que permitan su asimilación a nuestro sistema diversa explicación, equiparándolo a un contrato de mandato irrevocable, o explicándolo a través de las teorías del patrimonio de afectación o del desdoblamiento del derecho



de propiedad, o las referentes a la transmisión de la titularidad de derechos (del fideicomitente a fiduciario). (30)

Henos aquí frente a una verdadera labor de construcción jurídica llevada a cabo tanto por doctrina (de países fundamentalmente latinos), como por la legislación misma (31), en una denodada tarea de adaptación de esta figura, que surgida bajo principios del sistema anglosajón no encuentra lisa y llana explicación de su naturaleza jurídica a través de figuras existentes elaboradas en una sistemática jurídica de tradición diferente.

En primer término se dice que esta figura desborda el alcance de un contrato como es el mandato, y así es puesto que en este último el mandante no pierde en ningún caso la legitimación de realizar él mismo los actos jurídicos que ha encomendado, aunque se trate de mandato irrevocable, en cambio los actos jurídicos que el fiduciario debe realizar por encargo del fideicomitente sólo él está legitimado para llevarlos a cabo en ejecución del fideicomiso. Así también la actuación de fiduciario nunca es en representación del fideicomitente, ni siquiera por cuenta de éste, puesto que su actuación es siempre en nombre propio, surgiendo a pesar de ello los efectos jurídicos de los actos realizados en ejercicio del negocio sólo en los bienes o derechos afectos al fin del fideicomiso (con la única salvedad de las responsabilidades en que pueda incurrir el fiduciario). Por último el radio de acción del fideicomiso es más limitado que el del mandato.

Por otro lado tampoco se puede explicar la naturaleza de esta figura por un pretendido desdoblamiento del derecho de propiedad en los objetos que se transmiten a efecto de la satisfacción del fin del fideicomiso. Esta posición resulta inaceptable porque la pretendida transmisión (de propiedad "fiduciaria") no concede en ningún caso al fiduciario la libertad de disfrutar y de disponer en su personal beneficio de los bienes fideicomitidos, sino sólo le permite limitadas

y expresas facultades para realizar la finalidad del fideicomiso. Así también esta postura no explica el porqué el fideicomitente responde cuando en ejercicio del fin del fideicomiso, el fiduciario vende el objeto u objetos y éstos son reivindicados por causa de evicción viéndose obligado a responder en este caso el fideicomitente y no fiduciario, por lo que asimismo no se explica con esta teoría de la pretendida transmisión de propiedad "limitada" el porqué cuando el fiduciario transmite la propiedad del bien a efecto al fin del fideicomiso, puede transmitir en favor de terceros una propiedad plena que no tiene y no una simple propiedad restringida de la que se dice que es titular. (Existen otras razones que refuerzan esta posición como las referentes a la quiebra de la institución fiduciaria que no afectará los bienes destinados a algún fideicomiso de la que ella es titular, evidenciando el carácter independiente del patrimonio propio del fideicomiso que dada la supuesta transmisión de la propiedad debería operar una identificación con el de la institución, así también podrán ser objeto del fideicomiso el manejo y desarrollo de derechos reales diversos a la propiedad).

Es postura generalmente aceptada en nuestra Doctrina

(32) el concebir la naturaleza de esta institución, como la de una figura que conlleva a una sustitución en la titularidad (y con esto una legitimación), en los derechos del fideicomitente por la institución fiduciaria. Posición que explica en forma lógica a esta figura, como se deduce claramente de la confrontación con las anteriormente expresadas.

Nos reservamos el tachar radicalmente la postura que adjudica la explicación de la naturaleza jurídica del fideicomiso, a aquélla que lo pondera como un "patrimonio de afectación". Por razones (que aunque no de orden jurídico-positivo) explicamos apovándonos

nuevamente en razones que expone F. Geny en su obra tantas veces citada (33) y que a continuación transcribimos parcialmente en referencia al mencionado patrimonio de afectación:

"En cuanto a la teoría de las personas morales, discutida para satisfacer la misma exigencia lógica, su carácter por completo artificial. ¿no es por sí sola la prueba mejor de que no está impuesta por necesidad objetiva alguna, sobre todo si se considera que las situaciones a las cuales ha venido a dar una forma nueva, estaban reconocidas como situaciones jurídicas antes de inventar la ficción de la personificación civil). Ante las dificultades de todo género que suscita, sin que resuelva apenas alguna, puede hoy dudarse de que esta institución haya traído elemento serio de progreso a la jurisprudencia positiva. Se sabe además que ciertos jurisconsultos alemanes, con Brinz a la cabeza, se han propuesto prescindir de ella, admitiendo en su lugar el concepto de un patrimonio adscrito a su fin propio (Zweckvermögen), sin la intermediación de persona alguna real ni ficticia. Concepto nuevo, puramente subjetivo sin duda, pero que basta para demostrar el que ningún postulado lógico exige la existencia de una persona como sujeto de derecho, como lo estima nuestra dogmática; de suerte que este pretendido principio fundamental de la Ciencia, hubiera ganado mucho manteniendo su carácter de concepto ideal puramente y provisional, sin afectar una realidad intransigente y absoluta que los hechos contradicen continuamente y que no hace más que estorbar la evolución científica."

El porqué de la transcripción de los conceptos expresados por este autor, lo realizamos a efecto de destacar el hecho, de que cualquier esfuerzo tendiente a comprender dentro de nuestra sistemática jurídica, nuevas instituciones que de continuo evidencian su surgimiento y desarrollo, deberá calibrar en su justa medida las razones de existencia y conformación del "ser" de las figuras o instituciones ya consagradas en el Derecho positivo.

En el ejemplo sujeto a examen, a través de una larga labor especulativa, se pudo encontrar por nuestra doctrina los elementos que sin contradicción y dentro de una coherencia conceptual explican (tomando en consideración figuras ya desarrolladas dentro de una sistemática existente) la naturaleza de una institución de evidente aceptación y desarrollo en nuestro medio como lo es el fideicomiso. Pero podemos esperar el mismo resultado de esa serie de figuras que en el incesante y cotidiano discurrir jurídico exigen una adecuada regulación (sin traslapes o estiramientos de teorías ya existentes ya sea en materia civil, mercantil, laboral, etc.), refirámonos por ejemplo a los contratos inominados, que generalmente tratan de ser encasillados a efecto de su "explicación" y desarrollo dentro de una sistemática "dada" de figuras preexistentes, y que en la mayor de las veces se ve desbordada por la diversidad de estas recientes formas, que demandan en pos de un trato equitativo que conlleve asimismo una seguridad jurídica, una adecuada comprensión y desarrollo en su regulación jurídica. (Con una finalidad meramente enunciativa señalamos como contratos inominados mas frecuentemente usados los siguientes: suministro, suscripción, el contrato estimatorio, joint venture, agencia, mediación, el correduría privada, concesión).

Es palpable que el problema que aquí se señala puede ser derivado a otras ramas de nuestro Derecho positivo, pudiéndose argumentar que la posición apuntada podría conducir en su tarea de elaboración jurídico-conceptual de nuevas figuras e instituciones a un des-

orden sistemático propiciado por esa proliferación "normativa" que conduciría asimismo a un desconocimiento de las instituciones bases - puntales no sólo del sistema jurídico-positivo, sino de la estructura misma social de un ente colectivo determinado que "objetiviza" en - aquel sistema un cúmulo de valores primarios orientadores de su forma de vida, pero en este punto cabe el cuestionamiento primero, en relación a si es justificable la existencia de instituciones jurídicas que no realicen ya su cometido y que quizá cuya única razón de permanencia radica en el sostenimiento de una sistemática que a cada momento se ve superada por la sucesión cotidiana de un sinnúmero de actos que no son regulados jurídicamente en forma adecuada (los ejemplos en nuestro - país son abundantes y seguramente se ven multiplicados por condiciones socio-económicas de vario tipo , citemos al efecto todas aquellas - transacciones comerciales en lo que ha dado en denominarse "economía subterránea", el llamado subempleo, los asentamientos irregulares), si tunciones todas éstas que si bien no encuentran su causa única en una cuestión de orden jurídico si evidencian la insuficiencia en la adecuación realidad-norma jurídica en muchas de las relaciones o situaciones de hecho que día con día se dan al margen de los requerimientos legales y que a manera de ejemplo sólo hemos citado tres, es obvio que si el "instrumental" propio de una adecuada elaboración normativa se - orientare a tratar de dar cause a esta serie de problemáticas, sin temor de tocar y dar nuevo tratamiento a instituciones de inveterada raiz gambre como el derecho de propiedad por ejemplo, en relación a los - asentamientos irregulares, o por otra parte a instituciones que desgra

ciadamente han demostrado su ineficacia en relación a los nobilísimos ideales sociales que pretendían alcanzar instituciones desarrolladas - en nuestra legislación de trabajo o de seguridad social, que en el referido caso del subempleo no sólo son desconocidas por no encontrar - aplicación en relación a quienes se encuentran en esta situación, sino que constituyen indiscutiblemente un factor (como ya se dijo no el - único) determinante en la existencia de este mal social, pues es evidente que la serie de requerimientos contenidos en la legislación específica propicia el que se dé a la práctica un sinnúmero de "contrataciones" fuera de una adecuada regulación laboral que podrían ser contenidas y adaptadas a un mínimo de garantías, que de hecho no se dan.

Es patente que los puntos señalados desbordan por - sí mismos una complejidad que excede con mucho en su adecuado encausamiento hacia su solución la existencia tan sólo de una depurada técnica de elaboración jurídica, pero asimismo es palpable el que una tarea (constructiva) tendiente a la comprensión jurídica positiva de supuestos de hecho no regulados, deberá contar con un conocimiento que le - permita en todo momento una adecuada ponderación de la naturaleza y - sustrato de todo elemento que forme parte de su sistemática, a efecto de su adaptación a nuevas condiciones, o de su transformación en pos - de una racional comprensión.

Y es por ello por lo que reiteramos el hecho de que - en toda labor jurídico-conceptual de construcción, se deberá captar -

previamente si las razones tomadas en cuenta para la elaboración de las formas e instituciones ya "existentes" hacen posible la asimilación a ellas de elementos nuevos que tendrán una razón de ser frecuentemente muy apartada de las instituciones que las preceden.

El Doctor Luis Recasens Siches expresa así mismo en su obra "Tratado General de Filosofía del Derecho" (34) en relación a lo expuesto lo siguiente:

"Así pues, a los dos temas que han sido aceptados generalmente en nuestro tiempo como contenido de la Filosofía Jurídica (la Teoría Fundamental del Derecho y la Estimativa o Axiológica) conviene añadir un tercer tema sobre Política Legislativa y Política Judicial, cimentado en el estudio de cuál es la lógica peculiar de los contenidos de las normas, es decir, cimentado en una serie de bases, algunas de las cuales habían sido olvidadas. Entre esas bases figura la de tener siempre a la vista que el Derecho positivo es siempre una obra circunstancial, es decir, que el Derecho positivo no puede ser jamás un conjunto de verdades, o un conjunto de intentos de aproximación a unas verdades, sino que, por el contrario, el Derecho positivo es un conjunto de instrumentos fabricados por los hombres para producir determinados efectos en la realidad social, precisamente los efectos que se reputan justos y útiles para el bien común en una determinada situación social. Las normas del Derecho positivo son la respuesta que el legislador, la sociedad (por vía consuetudinaria) o el juez dan para satisfacer determinadas necesidades sociales, para resolver ciertos problemas o conflictos de la convivencia y cooperación humanas, tal y como éstos se presentan en un lugar y en un tiempo determinados, inspirándose para ello en las valoraciones que estiman correctas. Con estas normas positivas, sus autores se proponen la realización de un fin o resultado, cuyo cumplimiento representa el modo que se entendió como el más valioso en aquella circunstancia para satisfacer aquellas necesidades o para resolver aquellos conflictos. Además, las normas jurídico-positivas contienen los medios que se estiman adecuados y eficaces para la realización de aquellos fines.

"Sobre la base de estas consideraciones, y de otras que sean establecidas en el desenvolvimiento de este tercer tema que propongo, se podrá y se deberá hacer una Filosofía Jurídica concreta, aplicada a las situaciones reales del presente, la cual deberá consistir en ofrecer una filosofía de la política legislativa, de la administrativa y de la judicial. En la medida en que esto se haga conseguiremos poner el pensamiento filosófico-jurídico en contacto con las necesidades actuales y al servicio de un mejor tratamiento de éstas. Con ello se zanjará el distanciamiento que se dio entre la Filosofía Jurídica del siglo XX y los nuevos desarrollos y las transformaciones del Derecho positivo en nuestro tiempo. Esta Filosofía Jurídica aplicada, de la política legislativa, administrativa y judicial, deberá mantenerse en el plano genuinamente filosófico, con la dignidad propia de la teoría (aunque en este caso se trate de doctrina de la práctica), y, por lo tanto, alejada de las pasiones y de los intereses. La decisión práctica corresponde siempre inevitablemente a los órganos políticos con competencia para ello. Pero a la Filosofía aplicada del Derecho le toca ofrecer orientaciones básicas en un plano de altura.

"Así, cabe afirmar que en gran medida la historia del Derecho va ligada a la historia del pensamiento filosófico jurídico. Recordemos el gran influjo que sobre la formación y el desenvolvimiento del Derecho romano tuvo la fecunda labor de los jurisconsultos, quienes inspiraban la función interpretativa en la idea del Derecho natural y en la de la ratio legis, basada, ésta, en la doctrina de que el precepto jurídico trata de ser una expresión de principios de razón. Recuérdese, asimismo, el predominio que en el siglo XVIII tuvo sobre la formación del Derecho positivo la idea del Derecho natural y cómo ésta obró de poderoso estimulante para la codificación. Las diferentes doctrinas de filosofía social y política del siglo XIX y también del XX -las cuales albergan importantes criterios de estimativa jurídica- han contribuido también decisivamente a la reforma del Derecho positivo.

"En efecto, advertimos un gran desnivel entre los logros teóricos de la Filosofía Jurídica del siglo XX y el hecho de que ésta no ha ejercido una influencia notable en el desenvolvimiento progresivo del Derecho de nuestra época, pues advertimos que la huella impresa en él por esa Filosofía Jurídica contemporánea es relativamente muy pequeña. Los enormes cambios que en nuestra época ha experimentado el Derecho en todas sus ramas, no pueden ser referidos en su mayor parte a los progresos logrados en la filo-



sofía Jurídica citada, sino que han sido sobre todo efectos de otros factores históricos. Esta situación aparece como algo muy extraño, si la parangenamos con la influencia decisiva que en otras épocas tuvieron las doctrinas filosófico-jurídicas en el desenvolvimiento progresivo del Derecho.

"Parece como si en nuestra época de crisis, ante el azoramiento producido por la quiebra de las valoraciones vigentes en el próximo pretérito, por la concurrencia en pugna de nuevos criterios diversos en materia política y social, y por el desbordamiento tormentoso de los hechos a la deriva, los justilósofos contemporáneos, deseosos de alejarse del mundanal ruido, hubieran preferido recluirse en temas neutrales, o al menos relativamente neutrales, como los de la Lógica y la Ontología jurídicas; y, al abordar las cuestiones de Estimativa Jurídica, hubieran atendido preferentemente a la fundamentación teórica de estos temas, al establecimiento de las correctas directrices metódicas para tratarlos y a la formulación de los primeros principios o criterios, sin descender directamente al campo de las derivaciones prácticas.

"Por fortuna esta situación está cambiando, pues el pensamiento jurídico de nuestros días se acerca de nuevo más a la vida real y trata de influir sobre ésta."

Quizás aquí se evidencie una porción de la problemática misma del Derecho en cuanto a su comprensión y desarrollo, como FORMA orientadora en un contexto social hacia un fin específico (omni comprensivo como lo es el bien común), y decimos que es parcial el apuntamiento de esta problemática pues la aplicación de toda institución jurídicamente regulada también deberá comprender el examen de otros elementos tanto de hecho (facticidad social), como asimismo los axiológicos o valorativos, todos ellos vinculados necesariamente a efecto de no propiciar una disparidad entre lo ideal y lo real o lo que es lo mismo entre el hecho, el valor y la norma.

## C O N C L U S I O N E S

El tratamiento dado a cada uno de los puntos desarrollados en este trabajo muestra por sí mismo la posición adoptada respecto al tema central del mismo, pero a efecto de fijar en forma sucinta las ideas centrales de su desenvolvimiento y a manera de epílogo destaco las siguientes:

1°. Si examinamos el ser de lo que en doctrina se ha dado en llamar ficción, de acuerdo primero a las razones a que históricamente se hizo referencia en cuanto a su surgimiento y desarrollo dentro de las instituciones jurídicas en Roma, y si asimismo se pondera a esta figura respecto de los riesgos propios a toda labor de construcción conceptual en Derecho, se nos muestra en forma más auténtica la verdadera razón del empleo de las "ficciones" jurídicas, COMO UN EXPEDIENTE "TECNICO" QUE DE SUYO NO CONLLEVA UN ELEMENTO CONDICIONANTE DE "DINAMISMO" JURIDICO.

2°. La transposición en el tiempo (y con esto en las condiciones sociales determinantes en gran medida de toda técnica jurídica como lo señala-

mos a lo largo del capítulo I y parte del II), de una figura que tuvo su razón de origen en - situación diversa, a la que guarda la doctrina y sistemática contemporáneas, como lo fue la - ficción en el Derecho romano, no es justificable bajo argumentación alguna, pues la utilidad práctica que esta figura implicó no es así - milable a una supuesta economía legislativa - tendiente a abarcar situaciones de hecho diversas derivadas del constante y mutable discurrir social a hipótesis ya comprendidas en figuras o instituciones positivas, ya sea equiparándolas en cuanto a sus efectos jurídicos, o uniformándolas en un tipo al que serán asimiladas hipótesis diferentes que de suyo en más de una ocasión justificarían un tratamiento individual, - que se deja a un lado bajo la pretendida razón de prevenir la multiplicación supuestamente repetitiva de figuras o formas con una misma razón de ser.

- 3°. La "captación" de todo acontecer fáctico dentro de la expresión del Derecho en sus instituciones positivas realizada a través de una elaboración constructiva conceptual siempre deberá

contener lo más íntegramente posible los elementos "dados" en esa experiencia, a la que se revertirá en forma orientadora. ¿Pero cómo se puede decir que en verdad se realiza esta captación?, si en casos como el de la ficción en Derecho se está partiendo (sopretexto de dejar intacta una supuesta coherencia sistemática), - de la atribución de una objetividad (a la manera de una categoría conceptual a priori) en los elementos que constituyen sólo el sustrato lógico mas no el ontológico de la existencia de un sistema jurídico. (Se debe entender que la atribución de esta objetividad se contrapone al carácter meramente "subjetivo" de toda construcción jurídica, elaboración conceptual sujeta a cambio por la transformación misma de las condiciones tomadas en cuenta en su conformación.

- 4°. "Si el Derecho es "prudencia" y por consiguiente construído", como destaca Jean Dabin - en su obra "Teoría general del Derecho" (35), entendiendo por prudencia esa razón de orden práctico inspiraba hacia la realización del valor justicia en un plano más amplio que el de -

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

la pura justicia conmutativa es decir, tendien-  
te a la consecución del bien común, significara  
esta prudencia jurídica un discernimiento y apli-  
cación, en la esfera del obrar humano, de los -  
"medios" más apropiados a los "fines", adap-  
tando a éstos el "medio" que constituye la re-  
gla jurídica. Por lo que el cúmulo de elemen-  
tos de todo tipo (naturales, sociobiológicos, de  
moral, histórico-jurídicos), que se anteponen a  
toda elaboración conceptual jurídica como "da-  
dos", deberán ser tamizados por esa "pruden-  
cia jurídica" en función del fin propio del De-  
recho que es la justicia, en toda labor cons-  
tructivo-jurídica.

- 5". El ponderar la naturaleza de la ficción con res-  
pecto a la Teoría Tridimensional del Derecho se  
explica pues como todo elemento de técnica jurí-  
dica deberá quedar referido a un parámetro a su  
vez valorativo, como de realizabilidad táctica,  
factores todos éstos comprendidos y tamizados -  
en su proporción justa por la mencionada teoría,  
que se señala sólo con esta finalidad y no con  
otra como la de explicarla en detalle, o con-  
frontarla en análisis dialéctico con otras que

asimismo en forma trascendente se han ocupado - del estudio del sustrato de lo jurídico, ya - orientando su atención a alguno de los elemen- - tos referidos (social, valorativo o positivo), - a efecto de ponderar su importancia con respec- - to a los demás sino ya su absoluta preminencia. Tareas que exceden con mucho el desarrollo del presente trabajo.

Se percibe de las ideas apuntadas como la cuestión - referente al tratamiento de la ficción en Derecho, nos ubica precisa- - mente frente a la naturaleza misma de la norma y con esto del Derecho. Siendo por ello evidente el porqué nos resistimos en adjudicar un car- - rácter a la ficción de medio o instrumento técnico posibilitante de un "dynamismo jurídico", pues en estricto sentido el instrumento es la - ley positiva, que en obvio de repetición, su expresión deberá ser un - amalgama entre lo ideal y lo real a efecto de que la misma no se desva- - nezca ante nuestra conciencia como una "ficción" entendiéndo aquí - este término en su sentido semántico, y no en el jurídico del cual he- - mos tratado de demostrar la falta absoluta de sustrato que justifique su razón de ser dentro de toda tarea de construcción conceptual en De- - recho.

N O T A S

- (29) En este punto seguimos las ideas expresadas por este autor en sus obras: "Fundamentos de Derecho" Edit. Depalma Buenos Aires 1976, traducción de la 2a. edición brasileña por Julio Chiappini (Págs. 225 a 265). Así como en su Filosofía del Derecho" Tomo I introducción a la filosofía general, edit. PIRAMIDE, S.A. Madrid 1979 (Págs. 177 a 231).
- (30) José Manuel Villagordoa Lozano. "Doctrina General del Fideicomiso". Edit. Porrúa S.A. México 1982 (Págs. 85 a 122).
- (31) Rodolfo Batiza en su obra "EL FIDEICOMISO, Teoría y Práctica" Edit. Porrúa S.A. México 1980, 9a. edición (Págs. 121 a 140), - realiza una referencia al tratamiento sobre la naturaleza jurídica de esta figura a partir de la que se le dió, en la "Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios", del año de 1924.
- (32) En este sentido se expresan diversos autores, mencionaremos al efecto en forma ejemplificativa a tres de ellos. Joaquín Rodríguez Rodríguez en su obra "Curso de Derecho Mercantil": - "Tomo II" Edit. Porrúa, S.A. México 1983, décima séptima edición (Pág. 119). Así también Ramón Sánchez Medel "De los Contratos Civiles" Edit. Porrúa S.A. sexta edición México 1982 - (Págs. 515 a 517). José Manuel Villagordoa Lozano "Doctrina General del Fideicomiso" Edit. Porrúa, S.A. México 1982 2a. edición (Págs. 118 a 122).
- (33) Francois Geny "Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado" Edit. REUS, S.A. Madrid 1923, 2a. edic. (Págs. 133 a 137).
- (34) Cfr. Luis Reasens Siches "Tratado General de Filosofía del Derecho". Editorial Porrúa, S.A. México 1983, octava edición. - (Págs. 16, 17, 19 y 20).
- (35) Cfr. Jean Dabin "Teoría General del Derecho" Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid 1955) Traducción Francisco Javier - Ossset (Págs. 187 a 201).



## B I B L I O G R A F I A

- |                             |   |
|-----------------------------|---|
| Batiza Rodolfo              | El Fideicomiso, Teoría y Práctica<br>Edit. Porrúa, S.A. México 1980 4a.<br>edición.   |
| Bonilla San Martín Adolfo   | La Ficción en Derecho, Librería Ge-<br>neral de Victoriano Suárez, Madrid<br>1912.  |
| Dabín Jean                  | Teoría General del Derecho, Edit.<br>Revista de Derecho Privado Madrid<br>1955.   |
| Fustel Coulanges Numa Denis | La Ciudad Antigua, estudio sobre<br>el culto, el derecho y las insti-<br>tuciones de Grecia y Roma. Edit.<br>Porrúa S.A. México 1978, 3a. edi-<br>ción. |
| García Morente Manuel       | La Filosofía de Kant, Librería Ge-<br>neral Victoriano Suárez Madrid -<br>1961.   |
| Geny Francois               | Método de Interpretación y Fuen-<br>tes en Derecho Privado. Edit. REUS<br>S.A. Madrid 1925.   |
| Iglesias Juan               | Derecho Romano, Instituciones de -<br>Derecho privado Edit. Ariel Barce-<br>lona 6a. edición.   |
| Legaz y Lacambra Luis       | Filosofía de Derecho. Edit. BOSH<br>S.A. Barcelona, 4a. edición.  |
| Legaz y Lacambra Luis       | Kelsen. Estudio crítico de la Teo-<br>ría pura del Derecho y del Estado<br>de la Escuela de Viena. Edit. BOSH<br>Barcelona 1933.                        |
| Lorca Navarrete Francisco   | El Derecho natural hoy, a propósito<br>de las ficciones jurídicas, Edit. -<br>Piramide S.A. Madrid 1978, 2a. edi-<br>ción.                              |
| Llano Cifuentes             | Naturaleza Jurídica de la Fictio<br>Iuris.<br>Colección canónica del Estudio Ge-<br>neral de Navarra Ediciones Rialph<br>S.A. Madrid 1963.              |

- Margadant S. Guillermo Floris El significado del Derecho Romano, dentro de la enseñanza jurídica - contemporánea, Edit. U.N.A.M. 1960.
- Reale Miguel Fundamentos de Derecho, Edit. Depalma Buenos Aires 1976 (traducción brasileña, por Julie Chiappini).
- Reale Miguel Filosofía del Derecho. Tomo I, Introducción a la Filosofía general. Edit. Pirámide S.A. Madrid 1979.
- Recasens Siches Luis Tratado General de Filosofía del Derecho, Porrúa, S. A. México. Octava edición.
- Rodríguez Rodríguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil Tomo II Edit. Porrúa, S.A. México 17a. edición.
- Sánchez Medal Ramón De los Contratos Cíviles. Edit. Porrúa, S.A. México 1982, 6a.edición.
- Stammler Rudolf Tratado de Filosofía del Derecho.- Edit. Nacional Méx. 1a. edición.
- Valiño Emilio Acciones Útiles. Edit. Universidad de Navarra (Pamplona 1974).
- Villagordoa Lozano José Manuel Doctrina General del Fideicomiso.- Edit. Porrúa, S.A. México 1982, 2a. edición.