

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ  
DE CATALUNYA

# LAS FICCIONES DEL DERECHO

EN EL DISCURSO DE LOS JURISTAS  
Y EN EL SISTEMA DEL ORDENAMIENTO

DISCURS D'INGRÉS

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. DR. AGUSTÍN LUNA SERRANO

i

CONTESTACIÓ

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. DR. RAMON BADENES GASSET

*27 de gener de 2004*

BARCELONA

MMIV



DISCURS D'INGRÉS

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. DR. AGUSTÍN LUNA SERRANO



Excmo. Sr. Presidente,  
Ilmos. Sres. Académicos,  
Autoridades, amigos, colegas,  
compañeros y discípulos;  
señoras y señores:

Poder participar en este acto, junto a mi familia, es para quien os habla un motivo de emocionada satisfacción, que ha de traducirse necesariamente en unas palabras de profundo agradecimiento: de agradecimiento, ante todo, a los académicos que, en su día, quisieron acogerme en esta docta corporación; de agradecimiento a quienes amablemente postularon a la Academia mi elección, el ilustre civilista y gran abogado don José María Pou de Avilés, el cultísimo notario don Ángel Martínez Sarrión y el prestigioso y ponderadísimo magistrado, buen conocedor de todas las ramas del derecho y siempre ávido de saber, don Antonio Sabater y Tomás; agradecimiento que se personaliza también en el Presidente anterior y en el actual Presidente de la Academia, que, con deferente delicadeza, me han reconvenido a menudo para que no demorara en mayor exceso la presentación de este discurso de ingreso; y de profundo agradecimiento, finalmente, aunque no en último lugar, a todos los que esta tarde habéis querido acompañarme en este acto, abandonando más interesantes quehaceres o sacrificando descansos más reparadores.

Vengo a ocupar en la Academia el sillón o «setial» señalado con el nombre de Jaume Marquilles, gran jurista barcelonés que vivió entre 1368 y 1451 y cuya obra mayor fueron, como bien sabéis, unos notabilísimos comentarios a aquel conjunto de reglas de carácter feudal que constituyen los famosos «Usatges» de Barcelona; y vengo a suceder en este sillón a otro gran jurista barcelonés, aunque nacido y formado en Sevilla, que fue el profesor don Francisco Fernández de Villavicencio y Arévalo. Esta última circunstancia me llena de una gran emoción, pues tuve en el Dr. Fernández de Villavicencio un colega entrañable, de cuya amistad recibí señaladas muestras, tanto durante los largos años en que fuimos ambos

catedráticos de derecho civil de Barcelona, como en las pocas ocasiones en que en Barcelona o en Madrid nos enfrentamos ante los Tribunales. No cegaba a mi maestro don José Luis Lacruz Berdejo su admiración, siempre proclamada, por el Dr. Fernández de Villavicencio, cuando me previno de que encontraría, al llegar a Barcelona, a un colega excelente; de que encontraría, me precisó Lacruz, a un «perfecto caballero».

Fue Villavicencio un jurista egregio y también, en cierto modo, un jurista sorprendente y hasta, si se quiere, en algunos aspectos, un jurista paradójico: gran lector fue, en cambio, muy poco escritor; admiró sobre todo a los juristas que menos se parecían a él; temible polemista ofreció siempre, como abogado, el acuerdo y la transacción; encaró por sistema los textos positivos con una rigurosa lógica formal de tipo cartesiano, cuando tal actitud recibía la crítica e incluso el desdén de las nuevas generaciones de juristas a las que él mismo había ayudado a formar. A todas estas, sin duda, verdaderas virtudes, en cuanto que eran expresión de una poderosa personalidad, añadía el ilustre académico añorado por todos nosotros una natural brillantez expositiva, una exigente consecuencia en el razonamiento, una cuidadosa dicción y también la simpatía de las comedidas salpicaduras de su gracejo andaluz. Descanse en la paz de Dios el admirado colega y amigo Francisco Fernández de Villavicencio.

## I. EL ENTORNO Y EL SENTIDO DE LAS FICCIONES DEL DERECHO

### 1. *A propósito del tema elegido*

#### 1.1. *La inclinación por el tema de las ficciones jurídicas*

He elegido para desarrollar en este discurso de ingreso en la Academia —que intentaré contraer en sus circunstancias de forma y de tiempo a las exigencias que imponen los usos de esta casa— un tema en el que habré de proceder, por mis limitaciones, en tono menor, aunque en verdad no trate, recurriendo a la conocida metáfora ulpiana, *de apicibus iuris civilis*.

Si me atrevo a ello, es porque siempre he sentido una gran atracción, aunque sólo en contadas ocasiones esa actitud haya trascendido a la palabra impresa, por las modalidades a través de las cuales el derecho aparece y se conforma en la vida social<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Permítaseme hacer aquí remisión a dos pequeños estudios: *Datos físicos y soluciones normativas*, en *Ünepi tanulmányok* (estudios en honor del prof. Zoltán Novotni), Miskolc, 1991, págs. 365A a 365H, y en «Fundación Ciudad de Lleida», Anuario 2000, Págs. 343 a 354; y *La función del derecho y el ordenamiento jurídico*, en *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. II, Almería, 2000, págs. 1007 a 1016 y en *El derecho en la Facultad* (40 años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona), Madrid, 2001, págs. 313 a 327.

A lo largo de la historia, unas de esas modalidades han sido, precisamente, las ficciones, que han ocupado un lugar nada desdeñable en el razonamiento jurídico. A pesar de ello, las ficciones no son en sí mismas, ni siquiera en el caso de las llamadas ficciones doctrinales, instrumentos de carácter dogmático, sino que constituyen, en realidad, un puro expediente técnico, cuyo empleo tiene siempre la finalidad de alcanzar un cierto resultado práctico<sup>2</sup>. Es casi seguro que esa triple faceta, apenas esbozada, con que se presenta la ficción, de humilde sencillez ontológica (expediente técnico), de funcional capacidad creadora (vehículo del logro de una finalidad) y de trascendente creatividad virtual (mecanismo de conformación del ordenamiento), ha sugerido en mí una curiosidad de que son inmaduros frutos las palabras que siguen a continuación.

### 1.2. *Razones adicionales de la elección*

No obstante la permanente presencia de la ficción en el razonamiento jurídico, y a pesar de que ya en 1536 publicó en Salamanca Bartolomé Felipe la primera monografía conocida específicamente dedicada a las ficciones jurídicas<sup>3</sup>, entre nosotros y a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno cultural, las ficciones han llamado poco la atención de los juristas. Que yo sepa, en efecto, aparte de un renombrado escrito del romanista Manuel García Garrido, que se centra en aspectos generales de la ficción en las Instituciones de Gayo y en las Compilaciones justinianeas<sup>4</sup>, de algunas interesantes monografías sobre las ficciones en el derecho tributario<sup>5</sup>, de una brillante exposición del constitucionalista Nicolás Pérez Serrano<sup>6</sup> y de una notable contribución del canonista Rafael Llano Cifuentes que contiene interesantes sugerencias conceptuales<sup>7</sup>, únicamente existen en la literatura jurídica española dos obras específicas sobre la ficción de derecho tratada en sus aspectos gene-

---

<sup>2</sup> Tomo aquí expresiones de CANNATA, *Finzioni*, en *Le finzioni del diritto* (a cura de F. B. d'Usseaux), Milano, 2002, págs. 43 a 48, esp. pág. 43.

<sup>3</sup> Cfr., PHILIPPUS, Bart., *De fictionibus tractatus*, Salmanticae, 1536. La primera contribución sistemática que intenta una construcción dogmática de la *fictione* se debe, sin embargo, a Bartolo de Sassoferrato, en la Glosa *In praeteritum, ad l. Necessario sciendum. ff. De periculo et comodo rei* (D. 18, 6, 8 pr.).

<sup>4</sup> Cfr. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXVII-XXVIII, Madrid, 1957-1958, págs. 305 a 342. Las conclusiones alcanzadas en este estudio son aprovechadas por su autor en una reseña a una monografía de Gaulandí sobre legislación imperial y jurisprudencia (2 vols., Milano, 1963), publicada bajo el título de *Legislación imperial y jurisprudencia* («*Fictio iuris*» y *rescriptos imperiales*), en el mismo A. H. D. E., tomo XXXII, Madrid, 1962 (pero aparecido en 1964), págs. 643 a 651.

<sup>5</sup> Pionera, en este aspecto, puede considerarse, entre ellas, la monografía de PÉREZ DE AYALA, *Las ficciones en el derecho tributario*, Madrid, 1970. De otras contribuciones se dará cuenta más adelante.

<sup>6</sup> PÉREZ SERRANO, *Las ficciones en el derecho constitucional*, Madrid, 1948. Se trata de su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

<sup>7</sup> Cfr. LLANO CIFUENTES, *Naturaleza jurídica de la «fictio iuris»*, Madrid, 1963.

rales, una de 1916, del mercantilista o, más bien, polígrafo Adolfo Bonilla y San Martín<sup>8</sup>, y otra de 1986 —es decir, setenta años después—, aparecida en la revista «Doxa» junto a otros trabajos más circunscritos sobre la ficción, escrita por el profesor de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante Rafael Hernández Marín<sup>9</sup>.

Tampoco, por otra parte, fuera de los manuales de derecho romano, se encuentran, a lo que creo, cumplidas referencias generales a la figura de la ficción en los tratados o manuales universitarios españoles, excepción hecha de alguna obra de filosofía del derecho, como la del zaragozano Luis Legaz Lacambra<sup>10</sup>, o de alguna más reciente de teoría del derecho, como la escrita sobre la norma jurídica por el mencionado Hernández Marín, en la que se contienen, de manera sistemática, referencias a la ficción<sup>11</sup>.

Buen ejemplo de ese desinterés, entre nosotros por este procedimiento jurídico, es que no trate de la ficción el conocido diccionario de Alcubilla, que le dedique bastante poca atención el diccionario de Escriche<sup>12</sup>, que la Enciclopedia Jurídica Seix se inspirara prácticamente en él<sup>13</sup> y que la nueva y última versión de la misma dedique a la voz «Ficción», al contrario de lo que es corriente en las grandes enciclopedias jurídicas europeas, un cortísimo espacio sin firma y, por tanto, confiado a la redacción<sup>14</sup>.

Ante esta penuria de aportaciones a una temática que no por ser vieja carece, a mi modo de ver, de sustancia y de interés, he considerado también que acaso no sea del todo inoportuno discurrir, aunque sea superficialmente, sobre las *fictiones iuris*. Es esta una materia que muy probablemente considerarán algunos poco trascendente, pero que cuando se bucea en ella se observa enseguida que, aparte de la curiosidad intelectual que puede suscitar, puede levantar todavía algunas sostenidas y en absoluto negligibles polémicas jurídicas.

Mi exposición versará, en primer lugar, sobre las ficciones del derecho en general y sobre sus diversas clases; se extenderá, luego, sobre la específica *fictio legis*; y concluirá con unas breves apreciaciones sobre la virtualidad y el valor que los juristas podemos dar a la ficción.

---

<sup>8</sup> Cfr. BONILLA Y SAN MARTÍN, *La ficción en el derecho*, en *Discursos de recepción y contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, tomo X, Madrid, 1916, págs. 153 a 208.

<sup>9</sup> Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, *Ficciones jurídicas*, en *Doxa* (Cuadernos de Filosofía del Derecho), 3 (1986), págs. 141 a 143.

<sup>10</sup> Cfr. LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del derecho* (2.ª ed.), Barcelona, 1961, págs. 69 a 77.

<sup>11</sup> Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, 1998, págs. 283 s., 289 y 300 ss.

<sup>12</sup> Cfr. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, I (3.ª ed.), Madrid, 1847, pág. 790.

<sup>13</sup> Cfr. *Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XVI, págs. 319 a 321.

<sup>14</sup> Vid. *Nueva Enciclopedia Jurídica*, s. v. «Ficción», tomo IX, Barcelona, Seix, 1958, pág. 736.



## 2. Conocimiento, fabulación, arte e imaginación en el razonamiento jurídico

### 2.1. La contaminación de conocimientos en el razonar de los juristas

En la consideración de las cosas o de los acontecimientos, puede ocurrir que los percibamos en la configuración con que se presentan y que, en cambio, las apreciemos con otra diferente de la que aparecen<sup>15</sup> o bien que, por motivaciones interesadas o utilitarias, demos ocasión, intencionadamente, a una distorsión semejante.

Estas alternativas cognoscitivas contradictorias han sido observadas, desde antiguo, por los filósofos e Immanuel Kant las analizó atentamente en la última de sus cuatro disertaciones académicas latinas, dedicada a señalar las diferencias y las relaciones entre el mundo sensible y el mundo inteligible<sup>16</sup>. El filósofo prusiano vino a destacar, en efecto, la presencia en la actividad cognoscitiva tanto de «axiomas subrepticios» como de «principios de conveniencia», dándose en unos y otros una suerte de *contaminatio* o de intercambio entre el conocimiento sensible y el conocimiento intelectual, en cuanto que, según ocurre en el caso de algunos axiomas subrepticios como fruto de un falso razonamiento, ciertas condiciones propias del sujeto cognoscente se transfunden al objeto conocido (§ 29) o bien, según es el caso de los principios de conveniencia, las razones subjetivas que operan en los mismos no se asientan tanto en las persuasiones peculiares del conocimiento sensible y directo cuanto precisamente —de manera aparentemente paradójica— en los criterios del conocimiento intelectual (§ 30).

En los procesos del razonar jurídico estas contaminaciones entre conocimientos no son menos frecuentes que en los otros ámbitos del razonamiento humano y con frecuencia se plasman en las formulaciones del discurrir de los juristas. Piénsese, por ejemplo, cómo ocurre así cuando aprecian éstos, como el jurisconsulto Juliano, que en los testamentos *impossibilis conditio pro non scripta habetur* (D. 30, 1, 104, 1), según también hacen ahora los arts. 792 del Código civil y 158 del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña; o piénsese igualmente en el hecho de que los juristas se tranquilizan, como el no menos famoso Ulpiano, resolviendo, porque *publice interest*, que *res iudicata pro veritate accipitur* (D. 1, 5, 25; 50, 17, 207), como también venía a decir, por el intermedio de la legislación de Partidas (VII, 34, 32), el art. 1251.2 del Código civil, recientemente derogado, para ser llevada su normativa a la Ley Rituaria, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

---

<sup>15</sup> Es muy vieja la constatación, de raíz platónica o neoplatónica, de la diferente percepción de las cosas por los sentidos, por la imaginación, por la razón o por la inteligencia: vid. el reflejo de esta antigua enseñanza en BOECIO, *Consolatio philosophiae*, liber V, § 4, en la edición bilingüe (preparada por Dallera) de *La consolazione della filosofia* (9.<sup>a</sup> ed.), Milano, 1999, págs. 364 s.

<sup>16</sup> Se trata de la disertación de KANT, *De mundis sensibilis atque intelligibilis forma et principiis*, expuesta en la Universidad de su ciudad natal de Königsberg en 1770 con ocasión de la obtención del grado de profesor ordinario de lógica y metafísica. Se ha utilizado la edición, en doble versión latina e italiana, preparada por Lamacchia para Rusconi Libri, Milano, 1995.

En cuanto a la cosa juzgada, cuya trascendencia, como dice nuestro Tribunal Constitucional, es constituirse en la verdad jurídica<sup>17</sup> mediante el mecanismo, según el Tribunal Supremo, de una presunción *iuris et de iure* o bien de una ficción de verdad<sup>18</sup>, su autoridad viene, en efecto, a aceptarse, *per convenientiam* o como mal menor<sup>19</sup>, en aras de la seguridad jurídica y aún del prestigio de los órganos jurisdiccionales<sup>20</sup> y para dar estabilidad y certidumbre a las relaciones jurídicas controvertidas<sup>21</sup>. Ello nos recuerda, por lo demás, que, aunque los humanos tendemos naturalmente hacia lo verdadero, cuando no lo alcanzamos nos contentamos, como tantas veces ocurre en derecho, con lo convencionalmente cierto, esto es, con las verdades oficiales, aunque éstas se logren, según declara rotundamente una vieja metáfora barroca sobre la *res iudicata*, a costa de hacer de lo blanco negro, de equipar lo cuadrado a lo redondo o de cambiar lo falso en verdadero<sup>22</sup>.

## 2.2. La fabulación en el razonamiento jurídico

Es también de tener en cuenta que, inicialmente, los vínculos interpersonales y, en general, las posiciones sociales establecidas estaban impregnados —como casi todos los demás aspectos de la vida en el ámbito de una mentalidad sensitiva y fantástica— de múltiples implicaciones míticas y tenían una fuerte concomitancia con referentes religiosos, hasta el punto de que entre los antiguos romanos —como también ocurría y ocurre hoy en otros pueblos— venían a confundirse —así el *fas* y el *ius*— con frecuencia, de modo que el derecho mucho tuvo que ver con los auspicios, con el secreto sacerdotal guardado por sus depositarios y definidores, con el juramento, con la sacralidad de las palabras<sup>23</sup>, con la santidad de los límites o lindes<sup>24</sup> o con el carácter sagrado de las relaciones fami-

<sup>17</sup> STC. de 3 de octubre de 1983.

<sup>18</sup> A esta doble calificación alternativa se refieren, entre otras, las STS. de 3 de abril de 1983, 9 de mayo de 1988, 1 de febrero de 1991, 16 de marzo de 1992 y 11 de mayo de 1993.

<sup>19</sup> STS. 20 de marzo de 1988.

<sup>20</sup> Así, entre otras, STS. 6 de diciembre de 1982 y 5 de octubre de 1984.

<sup>21</sup> STS. 11 de diciembre de 1964, 21 de noviembre de 1969 y 25 de noviembre de 1975.

<sup>22</sup> *Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat*: en este sentido se expresa SCACCIA, *Tractatus de sententia et re iudicata*, Venetiis, 1629, pág. 275, Gl. XIV, q. II, n. 7.

Como advierte HERNÁNDEZ GIL, *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, 1975, pág. 5, «La sentencia no constituye la verdad inconclusa, sino la solución impuesta, revestida de autoridad dentro de la organización de la justicia». De «verdad legal» la califica CIPRIANI, *Le finzioni nel porcesso civile*, en *Le finzioni del diritto* cit., pág. 102.

Por lo demás, estos planteamientos se reiteran en los juristas de más persistente influencia en la doctrina del siglo XIX, como Photier, que, ocupándose de la cosa juzgada en tema de prueba de las obligaciones, distingue entre una «vérité vrai», a la que convendría la idea de «obligación naturelle», y una «vérité judiciaire», o como los pandectistas alemanes, que, siguiendo a Savigny, hablan de la cosa juzgada como «ficción de verdad»: véase, al respecto, TARUFFO, *Osservazioni su finzioni giuridiche e processo civile*, en *Le finzioni del diritto* cit. págs. 221 a 233, esp. pág. 224 y bibliografía allí citada.

<sup>23</sup> Hasta el punto de llegar a considerar *qui cadit virgula, causa cadit*.

<sup>24</sup> Horacio recuerda en sus *Epodas*, 2-22, a la divinidad menor *tutor finium*.

liares, tanto de las nupcias, definidas por Modestino como *omnis divini et humani iuris communicatio* (D. 23, 2, 1), como de la potestad o poder paterno —*sacra patria*—, que tenía una dimensión claramente religiosa y por el que los hijos quedaban sometidos *in sacris paterni*<sup>25</sup>. En este contexto se inscribe perfectamente la conocidísima definición de las Instituciones de Justiniano, tomada de un pasaje de las *regulae* de Ulpiano (D. 1, 1, 10, 2), según la cual *iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (I. 1, 1, 1)<sup>26</sup>.

En la perspectiva de esta simbiosis de mitología, religión y derecho, que no ha dejado de trascender del todo al derecho moderno<sup>27</sup>, se explica que la jurisprudencia proceda en sus primeros pasos a través de fabulaciones que bien podemos llamar poéticas. A esta realidad se refería ya acaso Justiniano en el proemio de sus *Institutiones* cuando recordaba que estaban destinadas a instruir a los jóvenes estudiantes de derecho en los principios de las leyes *non ab antiquis fabulis discere sed ad imperiali splendore appetere*<sup>28</sup>. Al respecto puede también indicarse que cuando un arcaizante filósofo de la historia, como el napolitano Giambattista Vico, daba cabalmente a la primera jurisprudencia romana el carácter de poética, señalaba retóricamente que, por eso, la misma —a la que lla-

---

<sup>25</sup> Véase, sobre estos aspectos, CICERÓN, *De legibus*, II, 9. Sólo en época relativamente tardía y, nunca totalmente, se distingue el *fas* del *ius*: *ad religionem fas, ad homines iura pertinet*, vino a afirmar Virgilio en sus *Geórgicas*, 1-269. Por lo demás, es conocido que, a partir del siglo IV, se llamaba a las constituciones que eran justas *iura directa* y que en la praxis judicial se empezó a emplear la expresión *directum*, propia del lenguaje vulgar y que desplazó en definitiva a las más evocadora de *ius*, en relación a las normas que se correspondían con las prescripciones religiosas y morales. Es clara en esta evolución la influencia del cristianismo: sobre este punto, MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1993, pág. 25.

Cabe también recordar aquí que originariamente la palabra inglesa *Law* significaba tanto «derecho» como «juramento».

<sup>26</sup> Se utiliza la edición de la *Instituta*, en doble versión latina y catalana, editada por la Oficina d'Estudis Jurídics, Barcelona, 1933.

En todo caso, ficción y ritos sagrados se confundían con frecuencia entre los antiguos romanos, como nos recuerdan Macrobio, en sus *Saturnales*, 1, 11, 47: *simulacra fingendi inter sacra*.

Cabe destacar, además, que una magnífica y reciente monografía dedicada a las ficciones en los textos romanos, BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulle finzioni in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, subraya como la *fictio* ha tenido su origen en el ámbito de lo sagrado.

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, en cuanto al mito burgués de la soberanía nacional residenciada en el pueblo (art. 1.2 Const.) —en cuya noción se inscribe, por lo demás, la creación de la ficción o simple construcción jurídica de que los parlamentarios no representan a sus electores sino al pueblo (arts. 66.1 y 67.2 Const.)—, a la trascendencia del juramento en los contratos (vid. art. 1260 Cc., que rompe la tradición anterior) o a la validez civil del matrimonio canónico (arts. 49.1, 2.º, 59 y 60 Cc.).

Unas reflexiones aproximadoras entre mito y ficción pueden encontrarse en WOODLAND, *Le procede de la fiction*, thèse, Paris II, 1981.

Sobre algunos aspectos míticos del derecho, pueden verse LENOBLE y OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la derive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, 1980.

Aunque en otro contexto de significación puede recordarse aquí a MALUQUER ROSES, *Los mitos ante el derecho*, 1959.

<sup>28</sup> Cfr. *Instituta, proemium*, 3.

maba «serioso poema»— fingía que ciertos hechos acontecidos no habían acaecido, que lo que no había ocurrido había tenido lugar, que ya eran nacidos los que no habían nacido todavía, que estaban muertos los vivos y que los muertos seguían vivos en sus herencias yacentes<sup>29</sup>.

Es cierto que estas modalidades de la configuración del derecho —algunos de cuyos últimos ejemplos no han perdido, según es fácil de apreciar, todo su valor en la actualidad— mucho tienen que ver, como también hace notar Vico, con la incapacidad de las mentes sensitivas —y, por ende, apasionadas y fantásticas— para razonar reflexivamente mediante el empleo de los conceptos o universales inteligibles. Sin embargo, parece igualmente evidente que, en tal modo de producirse el discurrir jurídico por medio de los universales fantásticos, influían asimismo razones interesadas de prestigio inducidas por los intérpretes y depositarios de las normas, por lo que no recurrir, a veces, a los más refinados conceptos o universales inteligibles respecto de lo que *in intellectu iuris consistit* no significa necesariamente que los universales fantásticos no entrañasen, como en el caso de explicar lo que ahora llamamos sujeto de derecho mediante el recurso a una modalidad técnica de la representación escénica, ficciones que eran, en realidad, verdades enmascaradas.

Sea como fuere, la relación entre derecho y fabulación ha sido constante a lo largo de la historia y se manifiesta, desde luego, hasta nuestros días, tanto en el ámbito del derecho público —imaginando e inventando, por ejemplo, antiguos actos de chancillería inexistentes (donaciones, normas, declaraciones o tratados), suponiendo que Granollers, Igualada, Martorell o Palamós no eran sino calles de Barcelona<sup>30</sup> o parando el reloj del hemicycle parlamentario para aprobar la ley anual de presupuestos dentro de plazo— como en el del derecho privado, adoptando la ley, por ejemplo, un criterio por mera conjetura de piedad<sup>31</sup> o propendiendo por considerar implícita una inexistente cláusula contractual<sup>32</sup>.

La íntima relación existente entre derecho y fabulación encuentra también un importante reflejo —particularmente interesante, además, en tema de ficciones jurídicas— en la presencia en el mundo del derecho de los aspectos simbólicos, que han jugado y juegan un papel no desdeñable en la conformación del or-

---

<sup>29</sup> VICO, *La scienza nuova* (8.ª ed.), Milano, Rizzoli, 2000, pág. 661. Se trata de una edición moderna de la versión final de la obra de 1744. Véase también parecidas indicaciones en VICO, *De universis iuris uno principio et fine uno*, en *Opere giuridiche* (al cuidado de Cristofolini), Firenze, 1974, págs. 263 ss.

Para unas precisas referencias de las fuentes a que se reportan los ejemplos de ficción señalados en el texto, vid. CRIFÒ, *Sviluppi possibili e ritardi ingiustificati: qualche considerazione sugli studi vichiani*, en *Il mondo di Vico/Vico nel mondo*, pág. 36 (*separatum* obtenido del autor, sin lugar y año de edición, pero, al parecer, 2002).

<sup>30</sup> Cfr. PELLA Y FORGAS, *Código civil de Cataluña*, I, Barcelona, 1943, pág. 99.

<sup>31</sup> Cfr. art. 191 del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña.

<sup>32</sup> Cfr. art. 1124.2 Cc.

denamiento, como ponen de relieve, todavía ahora, el concepto de extraterritorialidad o el significado, que bien puede calificarse directamente como de ficción simbólica, de la entrega del documento justificativo del crédito o de las llaves en los arts. 1188 y 1463 de nuestro Código civil<sup>33</sup>.

### 2.3. *Realidad jurídica y realidad sustancial: el derecho como arte*

Por lo demás, el razonar de los juristas, en cuanto que versa sobre un conjunto normativo que se propone modelar los segmentos de la vida social que le interesan, se mantiene de continuo —*usu exigente humanisque necessitatibus* (I. 1, 1, 2) o, dicho a la manera kantiana, *per convenientiam*— en el doble plano de lo sensible y de lo inteligible —es decir, de lo material o sustantivo que aparece de inmediato ante los sentidos y de lo formal con que se configura a efectos jurídicos en su apreciación intelectual—, dando así lugar a dos representaciones de la realidad de las cosas, una de la realidad sustancial o subyacente y otra de una realidad —la realidad jurídica— construida según arte o artificialmente por las normas, en orden, precisamente, a su propia realización operativa.

En esta nueva perspectiva que ahora se señala del proceder del derecho en función de su misma virtualidad normativa, no puede extrañar que en la valoración que se hace en el discurso de los juristas de los fenómenos sociales se produzcan convencionalmente<sup>34</sup> plasmaciones diversas de los hechos que, siendo en apariencia paradójicas, tengan una indudable y plausible razón de ser en relación a la indicada virtualidad organizadora de las normas. Piénsese, por ejemplo, en la convivencia conyugal, que puede subsistir para el derecho aunque no tenga efectivamente lugar o, en cambio, faltar aunque de hecho se pro-

---

<sup>33</sup> En un principio, en la etapa en que el pensamiento humano se manifiesta a través de la imaginación, las ficciones aparecen entremezcladas con los símbolos, teniendo, sin duda, tal alcance o significación, en el más primitivo derecho de Roma, la sustitución, en lo sagrado, de la víctima sacrificada por la simple imagen de la misma (*in sacris simulata pro veris accipiuntur*); en lo augural, la consideración de una porción de territorio provincial como *fictus ager romanus*; y en lo fecial, la consideración figurada de un *ager hosticus* para lanzar hacia él, como si estuviera más allá del confín fronterizo, el *hasta ferrata* como signo de declaración de guerra. En todos estos supuestos, como en numerosos otros propios de la evolución de las *legis actiones*, como en el conocido caso de la *ficta pignoris capio* concedida al publicano, hay mucho de simbólico, como corresponde a etapas del desenvolvimiento humano dominadas por la imagen. Cuando luego la simple imaginación da paso a la reflexión, la ficción se despoja de esos aspectos simbólicos y se presenta históricamente en su genuina versión. En este sentido, la evolución de las *legis actiones* al procedimiento formulario se produce en buena parte gracias a las ficciones. Sobre estos aspectos puede verse BIANCHI, *Fictio iuris (Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea)*, Padova, 1997, págs. 33 a 205.

Como alegorías simbólicas de origen germano pueden recordarse las muy conocidas figuras de la llamada «donación de la mañana» y de la llamada «potestad de las llaves»: sobre el significado moderno de esta potestad de la mujer escribió un breve pero enjundioso libro mi maestro LACRUZ, *La potestad doméstica de la mujer casada*, Barcelona, 1963.

<sup>34</sup> Ficción y convención son dos categorías justamente relacionadas por VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, 1975, págs. 20 ss., quien pone acertadamente de relieve el frecuente recurso a lo convencional que se encuentra en la física y en el derecho.

duzca<sup>35</sup>; en la apreciación de que pueda existir una posesión incorporal —la del despojado de ella— o, lo que es lo mismo, del todo inmaterial<sup>36</sup>; en el valor potencial del silencio como afirmación o como negación, según su catalogación civil o administrativa de positivo o de negativo en el sentido de aceptar o rechazar una propuesta o de tener alcance estimatorio o desestimatorio de un derecho o pretensión<sup>37</sup>; en la consideración de que el edificio de una embajada o el buque que se encuentra en alta mar son territorio del Estado que en aquél se representa o que a éste abandera<sup>38</sup>; en la trascendencia de una interrupción de la prescripción que no es material o natural y que sólo es meramente figurada o civil<sup>39</sup>; o bien, para no abusar de estos ejemplos tan expresivos de diferenciación entre realidad jurídica y realidad sustancial, en la consideración de que el canónigo que concurre al canto capitular de vísperas y completas sin revestirse de ciertos ropajes no ha asistido efectivamente a la función celebrado por el cabildo en el coro de la catedral y, en consecuencia, no tiene derecho a percibir su correspondiente ración<sup>40</sup>, sin dejar de recordar, finalmente, que el ordenamiento también ha distinguido entre una muerte natural o biológica y una muerte civil o jurídica, distinción de la que, por cierto, se ha venido haciendo eco hasta hace muy pocos años el art. 1700, 3.º, del Código civil<sup>41</sup>.

Esta característica manera de proceder del derecho arguye de inmediato uno de sus modos de operar o de sus perfiles específicos de acuerdo con el cual es considerado como un arte —*ars iuris*—, en cuya idea se inscribiría la conocida acepción definidora del mismo, formulada por Celso, como *ars boni et aequi* (D. 1, 1, 1 pr.), para significar el modo o el sistema propio —el arte, en definitiva— del logro de lo bueno y de lo justo. En esta proyección práctica y, a la vez, calificable de estética del desenvolvimiento operativo del derecho, lo que más modernamen-

---

<sup>35</sup> Cfr. art. 87 Cc. Un caso curioso de existencia jurídica de unión estable de pareja y de falta de convivencia, que se exige por cierto como imprescindible para que se dé lugar a dicha figura (art. 1), se encuentra en el art. 12.1, a, de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, en dónde se prevé que la unión se extinga por separación de hecho de más de un año. La ruptura de la convivencia por uno de los miembros de la pareja, la existencia de cuya unión está basada precisamente en esa convivencia, no es de esta manera causa, por sí sola —lo sería si notificada fehacientemente a la otra parte interesada—, de extinción de la unión de pareja. Es evidente lo contradictorio de los conceptos utilizados.

<sup>36</sup> Cfr. art. 460, 4.º Cc.

<sup>37</sup> Cfr. ley 20 de la Compilación de derecho civil navarro y arts. 43 y 44 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

<sup>38</sup> Por eso, los testamentos que se hacen en los buques y que se otorgan ante la autoridad en ellos constituida son considerados como otorgados ante un fedatario oficial que opera en su demarcación notarial: Cfr. arts. 722 ss. Cc.

<sup>39</sup> Cfr. arts. 1943, 1945 y 1947 Cc.

<sup>40</sup> Véase, a este respecto, el *Codex iuris canonici* de 1917, c. 409.1.

<sup>41</sup> El apartado 3.º del precepto, en efecto, establecía, hasta su reforma por la disposición final 18.ª, 2, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que «la sociedad se extingue ... por la muerte *natural* ... de cualquiera de los socios».



te ha dado en llamarse por algunos el *art juridique*<sup>42</sup> viene a significar cabalmente —según es propio del arte— producción de forma y, más exactamente y en función de la propia finalidad aplicativa del derecho, de una forma que viene a hacerse verdad en cuanto dimensión de la experiencia. De una forma, en definitiva, que no es un puro y estéril procedimiento positivista, sino que —según los mecanismos propios de la realización del derecho— supone la tipificación modeladora de las acciones humanas a efectos de su valoración, su tutela o su repudio, que da lugar a la formulación de ficciones operativas y que proporciona, en fin, la conformación o plasmación de las múltiples figuras —a cuyos modelos llamamos instituciones jurídicas— que produce la praxis entendida precisamente como configuración —esto es, como modelación— de las acciones humanas en orden a su regulación<sup>43</sup>.

La actividad cotidiana del jurista y el mismo proceso que se desarrolla ante jueces y tribunales y que viene a significar el momento práctico del derecho por excelencia, son, por lo demás, ámbitos en que éste se revela más clara e inmediatamente en su dimensión artística, por cuanto que la actividad de todo jurista no es otra que el ejercicio continuado del *ars interpretandi* y el proceso supone, como concreto escenario de su ejercicio, un método o camino específicamente pre-dispuesto para la búsqueda dialéctica de la verdad —de la verdad probable o más verosímil entre las dos verdades posibles retóricamente<sup>44</sup> presentadas, una frente a otra, por las partes adversarias<sup>45</sup>— mediante el *ars opponendi et respondendi* des-

---

<sup>42</sup> Cfr. COMMAILLE, *Sociologie de l'art juridique: le droit comme science du politique*, en *L'art de la recherche* (Essais en l'honneur de Raymonde Moulin), Paris, 1994, págs. 39 ss.

Por lo demás, la tendencia a relacionar la construcción jurídica y la obra de arte ha sido bastante frecuente: véase, en este aspecto, el sugestivo escrito de VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, ahora en *Scritti giuridici*, II, Milano, 1960, págs. 395 a 414. Esta contribución del ilustre civilista italiano ha dado en buena parte lugar al reciente libro de FERRI, G. B., *Filippo Vassalli o il diritto come opera d'arte*, Padova, 2002, esp. págs. 105 a 140.

<sup>43</sup> Sobre estas cuestiones hace consideraciones de interés ANDRINI, *La transcendenza necessaria: osservazioni in margine ad un concetto di «art juridique»*, en *Diritto e processo* (Studi in memoria di Alessandro Giuliani), vol. I, Napoli, 2001, págs. 20 ss., esp. 29 y 30.

Estas dualidades entre realidad sustantiva y realidad jurídica suponen en la configuración de ésta una imagen de lo que se imagina —imaginario— que el derecho conformado de una determinada manera puede comportar socialmente: sobre este punto vid. KOUBI, *La création du droit: image et imaginaire*, en *Lire le droit (langue, texte, cognition)*, Paris, 1992, págs. 84 ss., esp. pág. 89.

<sup>44</sup> La retórica, en la apreciación aristotélica seguida por VICO, no sólo lleva a hablar bien y con propiedad, sino que comporta la facultad de hablar persuasivamente. La función de la retórica en el discurso jurídico ha sido rescatada en valiosos estudios de PERELMANN, *Logica giuridica - nuova retorica* (ed. it., Milano, 1979).

Por lo demás, en la reflexión sobre el discurso jurídico, la retórica se ha considerado también como *ars hermeneutica*: vid., sobre este punto, GIULIANI, *Le rôle du «fait» dans la controverse (à propos du binôme rhétorique-procedure judiciaire)*, en *Archives de philosophie du droit*, 1995, págs. 229 ss.

<sup>45</sup> El proceso puede presentarse cabalmente, recordando a mi amigo LUQUE DÍAZ, *La justicia es un equívoco*, Barcelona, 1984, pág. 56, como «el combate limpio, que ve juega en campo llano, donde ventajas e inconvenientes se hallen igualados». Sin embargo, frente a quienes propenden a ver en el proceso el «lugar de la verdad», se ha llegado a decir, con exageración ideológicamente apasionada, que «el proceso jurídico no es el lugar de la verdad: es el lugar de la tensión (desesperada) entre verdad buscada y decisión obligada, entre verdad rigurosamente imposible y necesaria

plegado por sus abogados y propio del principio de contradicción que muy pronto vino a asegurar en toda Europa el llamado *ordo iudiciarius*<sup>46</sup>.

A propósito de la duplicidad operativa de realidad jurídica y realidad sustancial a que hace un momento se ha hecho referencia por ser uno de los aspectos más significativos del derecho como arte, tan normales nos parecen a los juristas las posibles disfunciones entre lo sensible y lo inteligible que en aquélla subyacen que, a decir verdad, no prestamos a estas cuestiones demasiada atención, salvo que advirtamos que bajo las mismas pueden agazaparse potenciales prejuicios ideológicos o que propicien el aprovechamiento abusivo de los poderosos intereses económicos o políticos y se corra el riesgo, en definitiva, de que el arte se convierta en un mero y burdo artificio.

Desde hace algún tiempo, en efecto, la diversificación eventualmente distorsionadora entre realidad sustantiva y realidad jurídica —por ejemplo, la sociedad anónima unipersonal<sup>47</sup>— ha dado lugar a la denominada doctrina del «levantamiento del velo»<sup>48</sup>. Más recientemente, se ha planteado agudamente —aunque hasta ahora se ha aireado poco, fuera de ciertos círculos jurídicos, por las ventajas, bien conocidas, que se encuentran ínsitas en la discreción— una tensa competición, que con el fenómeno de la globalización comenzará a ser de confrontación abierta, entre quienes proclaman al mercado como un mero *locus naturalis*, capaz de generar autónomamente y de manera suficiente sus propias reglas y frente al que debe observarse una estricta neutralidad institucional, y quienes propugnan, en sentido contrario, que el mercado es o, al menos, debe ser un *locus artificialis*, conformado heterónomamente, por tanto, por las reglas jurídicas<sup>49</sup>. También cabe recordar aquí, por haber encontrado, a la vez, su justificación y su base operativa en los meandros que propicia la dualidad de las realidades sus-

---

conclusión del caso»: así, LOMBARDI BALLAURI, *Il «fictum» nel diritto*, en *Le finzioni del diritto* cit., pág. 154.

Como justamente advierte HERNÁNDEZ GIL, *El abogado y el razonamiento jurídico* cit., pág. 5, «en la dialéctica de nuestra profesión el resultado favorable y el adverso no señalan necesariamente la completa verdad ni la completa falsedad».

El aspecto dialéctico del proceso ha sido puesto de relieve en un hermoso trabajo por CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, en *Rivista di diritto processuale*, 1950, I, págs. 23 ss., al que siguió, en el mismo periódico, 1951, I, págs. 101 ss., *Giuoco e processo*.

<sup>46</sup> El filósofo italiano del derecho Alessandro Giuliani, para el que tengo aquí un respetuoso recuerdo, ha dedicado numerosos y valiosos estudios al proceso, a la controversia que supone y a la actividad judicial.

<sup>47</sup> Cfr. art. 311 de la Ley de sociedades anónimas, introducido por la disposición adicional segunda, 23, de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, cuyo art. 125 prevé asimismo la posibilidad de sociedades unipersonales de este tipo.

<sup>48</sup> Cfr., sobre estos aspectos, la conocida obra de DE ÁNGEL, *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia* (4.ª ed.), Madrid, 1997.

<sup>49</sup> Sobre el particular, puede verse el interesante ensayo de IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

A veces, se distingue también, entre los filósofos del derecho, entre un «mundo natural» y el «mundo del jurista».



tantiva y jurídica, la corriente de opinión que propiciaba en la praxis el «uso alternativo del derecho»<sup>50</sup>, cuyos mismos términos definitorios reclaman de suyo la idea de arte —del arte alternativo al tradicional, de desformalizar el derecho para modelarlo en otra forma—, corriente otrora radiantemente proclamada, incluso extremosamente<sup>51</sup>, por juristas de renombre y ahora sepultada bajo el arruinado muro de Berlín y olvidada por casi todos, en primer lugar, por cierto, como tantas veces ocurre cuando las cosas vienen mal dadas, por algunos de sus más destacados y astutos valedores.

#### 2.4. *La versatilidad plástica de la formulación del derecho*

Como el jurista, cualquiera que sea su cometido como tal en la vida social, siempre argumenta, sabe que tiene su mejor aliada en la imaginación —dialéctica o retóricamente empleada en algunos casos— aplicada a unos datos de vario tipo de que dispone y que conoce bien. La mayoría de los avances que el derecho experimenta se deben precisamente a la imaginación de los juristas encaminada a la búsqueda de la superación de los problemas planteados en la vida corriente, a través de unos hitos que con mucha frecuencia han sido la sugerencia doctrinal o la práctica notarial, su adopción jurisprudencial y, a la postre, su recepción legislativa: piénsese, para poner sólo dos ejemplos muy conocidos, en la admisión, cuando parecían prohibidos, del contenido de los llamados «convenios de separación amistosa», sobre los que tiene un memorable estudio el notario Ramón Faus Esteve<sup>52</sup>, o en la gradación de las sentencias de incapacitación<sup>53</sup>.

Pero aquí y ahora me interesa hacer especial hincapié en el destacado papel que juega la imaginación de los juristas en orden a la versatilidad de la conformación del razonamiento jurídico<sup>54</sup> y, en particular, en cuanto a la plasmación de su expresión externa que es la formulación de ese discurrir, y ello a pesar e independientemente de que el derecho, en cuanto arte de conformación de la realidad, tiende naturalmente a reducirse en su lenguaje a formas específicas o, lo que

---

<sup>50</sup> A propósito de esta tendencia ideológica, son básicos los dos volúmenes de *L'uso alternativo del diritto* (a cura di P. Barcellona), Bari, 1973.

<sup>51</sup> Llegó a calificarse a la teoría del negocio jurídico como uno de los más imponentes detritus precapitalistas que hoy estorban al derecho privado: GALGANO, *Uso alternativo del diritto privato*, en *L'uso alternativo* cit. n. anterior, vol. I, pág. 139.

En la perspectiva, en cambio, de la «resurrección» de la autonomía privada a la que estamos asistiendo y de la que el negocio jurídico es expresión, ha aparecido recientemente la contribución de FERRI, G. B., *Il negozio giuridico*, Padova, 2001.

<sup>52</sup> FAUS, *La separación de hecho en el matrimonio*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II, 1950, págs. 301 a 365.

<sup>53</sup> Como antecedentes de la gradación de la resolución judicial de incapacitación, antes indicada en el art. 210 Cc. (versión de 1983) y ahora trasladada al art. 760.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se recuerda una tradición jurisprudencial que, comenzando por la STS. de 5 de marzo de 1947, se va afirmando a través de las STS. de 13 de mayo de 1960, de 25 de marzo de 1961, de 7 de abril de 1965 y de 6 de febrero de 1968.

<sup>54</sup> Véase, a este propósito MARTÍNEZ GARCÍA, *La imaginación jurídica*, Madrid, 1992, que se refiere, sin embargo, a la actual depreciación de la ficción (págs. 95 s.)

es lo mismo, a plasmarse en fórmulas estereotipadas<sup>55</sup>. Ello se aprecia con facilidad a poco que examinemos con alguna atención el particular lenguaje —plagado de condicionamientos, acotaciones, excepciones y contraexcepciones, comparaciones, semejanzas, salvedades o remisiones— a través del cual el razonamiento jurídico se explicita en un dictamen, en un contrato, en una ley o en una sentencia y se evidencia frecuentemente, según veremos enseguida, en las propias técnicas literarias a que los juristas recurren habitualmente.

Esta última constatación tiene, en cualquier caso, una explicación profunda que se conecta con el modo de ser y con los caracteres propios del discurso de los juristas y, en definitiva, con las modalidades del *fluir* del derecho, que, aunque sea a grandes rasgos y acaso con trazos excesivamente simplificados y groseros, se ha querido hasta ahora resaltar y que, lógicamente, no pueden dejar de trascender en la manifestación exteriorizada del derecho mismo. Precisamente en atención a dicho modo de ser y a dichos caracteres de lo jurídico, origen de la versatilidad plástica de sus formulaciones, un gran dramaturgo francés contemporáneo ha podido con razón afirmar que «le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité»<sup>56</sup>.

Hay que reconocer, de todos modos, que ello puede ser así no sólo porque en el ámbito del derecho la verdad puede ser no solamente verdadera, sino también simplemente cierta, probable, verosímil, presunta, posible, aparente, simulada, imaginada como implícita o completamente imaginaria o ficticia, sino además, como ya advertía en sus ensayos morales Michel de Montaigne, porque la mentira o «le revers de la vérité a cent mille figures et un champ indéfiny»<sup>57</sup>.

### 3. *La ficción en la formulación del discurso jurídico*

#### 3.1. *Referencia inicial al derecho como lenguaje*

El razonamiento jurídico y, en consecuencia, el derecho, ya aparezca en las leyes, ya se diga en las sentencias o en los laudos, ya se desenvuelva en los negocios jurídicos o ya se explique en un dictamen o en un tratado, se expresa siem-

---

<sup>55</sup> Cfr. SOURIOUX y LERAT, *Le langage du droit*, París, P.U.F., 1975, págs. 69 s.

<sup>56</sup> Cfr. GIRADOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acto II, escena 5.<sup>a</sup>, en *Le theatre complet* (6), Neuchatel et París, Ides et Calandes, 1946, pág. 81. El autor pone estas palabras en boca de Héctor, replicando a uno de sus consejeros, a quien había pedido que encontrase una tesis que consistiera al senado de Troya, pasando por alto la actitud provocadora de unos visitantes griegos, acogerlos en la ciudad, y ante la opinión del consejero de que ello era «contre les faits». Todavía, como quiera que el consejero se escudase en que el senado le había hecho una consulta sobre el caso y que ya se la había dado, Héctor le contesta «je te demande, moi, une interpretation. C'est plus juridique encore». Resuenan aquí, como es fácil de ver, los ecos de la vieja afirmación de que *fictio est interpretatio*.

<sup>57</sup> Cfr. MONTAIGNE, *Ouvres completes*, Essais, livre I, chapitre IX, Bruges, Gallimard, 1962, pág. 38.

pre a través del lenguaje —salvo en el caso de la costumbre y en el supuesto de la declaración tácita de la voluntad negocial— y tradicionalmente se encuentra ligado, además, al lenguaje escrito, como revela inductivamente el hecho de que la costumbre haya sido precisamente considerada muchas veces, en cuanto norma jurídica, como el *ius non scriptum* o la *ratio non scripta*.

La penetración entre derecho y lenguaje es de tal naturaleza que se ha podido afirmar con rotundidad que, en cuanto que el derecho «aparece alojado en la lengua» y «fundido e identificado» en ella, «el derecho *es* en función de la lengua»<sup>58</sup>. Ello justifica el vivo interés que suscitan los vínculos recurrentes entre lenguaje y derecho<sup>59</sup>, a cuyo binomio dedicó precisamente su discurso de ingreso en esta docta Corporación nuestro compañero el profesor Ramón Badenes Gasset<sup>60</sup>.

Esta íntima relación del derecho con el lenguaje escrito<sup>61</sup> arguye que el legislador, el juez o el árbitro, el agente del negocio y el jurisconsulto aprovechen con habitualidad, en su razonamiento, las modalidades, los recursos intelectuales y aún las licencias que la expresión literaria tan amplia y variadamente permite<sup>62</sup>, en cuanto que, como todo lenguaje, el lenguaje jurídico no es sino un conjunto de expresiones formales y, por tanto, directamente propensas a la convencionalidad. Por eso, en las leyes, en las sentencias y en los laudos, en los textos negociales y en los libros de derecho se acude alternativamente a la síntesis y al análisis, al concepto y a la descripción<sup>63</sup> —o bien a las definiciones *per genus et differentiam* y a las definiciones llamadas extensionales<sup>64</sup>—, a las expresiones descriptivas coherentes y a las expresiones descriptivas paradójicas o incluso contradictorias en sus términos<sup>65</sup>, a las afirmaciones en positivo y a las

---

<sup>58</sup> Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *El abogado y el razonamiento jurídico* cit., pág. 11 (cursiva del autor).

<sup>59</sup> Vid., por ejemplo, SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959 (nueva ed., Milano, 1985); CAPELLA, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, 1968, A.A.V.V., *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976; A.A.V.V., *Il linguaggio del diritto* (al cuidado de Scarpelli y De Lucia), Milano, 1994; BELVEDERE, s. v. «Il linguaggio giuridico», en *Digesto IV*, vol. XI, Torino, 1995, págs. 21 ss.

Dedicar un apartado a estas cuestiones es bastante corriente en los manuales de teoría del derecho: vid., en este sentido, PÉREZ LUÑO, *Teoría del derecho*, Madrid, 1997, págs. 173 ss.

<sup>60</sup> BADENES GASSET, *Lenguaje y derecho*, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, Barcelona, 1973.

<sup>61</sup> Véase, en este aspecto, D'ORS, *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, 1963, págs. 9 a 12.

<sup>62</sup> Algo parecido podría decirse en relación a las expresiones oratorias por las que el derecho se explica en una clase magistral o en la vista oral de un recurso de apelación o de casación.

<sup>63</sup> Un concepto puede encontrarse, por ejemplo, en el art. 530.1 (servidumbre predial) y, en cambio, descripciones en los arts. 348 (propiedad) y 467 (usufructo) Cc.

<sup>64</sup> Como ejemplo de definiciones *per genus et differentiam* puede señalarse el art. 1740.1 (comodato y simple préstamo o mutuo) y de definiciones extensionales el art. 142 (alimentos) Cc.

<sup>65</sup> Expresión descriptiva paradójica es la llamada «partición hecha por el testador» (art. 1056.1 Cc.), puesto que se refiere a un supuesto en el que «no hay propia partición, para lo cual son precisas unas cuotas previas», que aquí no pueden existir en cuanto que la actuación llevada a cabo por el testador comporta exactamente la «evitación de la comunidad»: en este sentido, LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, V (Derecho de sucesiones), 1993, págs. 145 y s.

afirmaciones en negativo<sup>66</sup>, a las figuras regulares y a las figuras irregulares en la construcción sintáctica, a las diferenciaciones y a las asimilaciones<sup>67</sup>, a los tropos —entre los que, en el lenguaje jurídico, es sobre todo habitual la metáfora<sup>68</sup>, aunque tampoco se desconozca el uso de la sinécdoque<sup>69</sup> o de la metonimia<sup>70</sup>—, al énfasis<sup>71</sup>, a los términos simples y a las perífrasis más o menos alambicadas<sup>72</sup>, a las expresiones propia y directamente asertivas con valor preceptivo y a las ex-

---

Como expresión contradictoria en sus términos puede considerarse la llamada «prescripción instantánea» o «prescripción de derecho», a la que se refiere, a propósito de las mercaderías compradas en almacenes o tiendas abiertas al público, el art. 85 Ccom., o también, más modernamente, la llamada «sociedad unipersonal», reglamentada por los arts. 125 ss. Lsrl. y 311 Lsa., que se remite a los anteriores, a la que faltaría, por propia exigencia conceptual, la  *affectio societatis*, tradicionalmente considerada como elemento esencial para la existencia de la sociedad.

<sup>66</sup> Sobre este particular son ejemplares, respecto de la preferencia legislativa por la mancomunidad en las obligaciones con sujeto plural, los arts. 1137 (afirmación en negativo) y 1138 (afirmación en positivo) Cc.

<sup>67</sup> Al concepto de asimilación pueden referirse los arts. 1.3, proposición segunda (consideración de los usos como costumbre), y 4.1 (analogía) Cc., mientras que al de diferenciación se reportan preceptos como los arts. 333 (distinción necesaria entre bienes muebles e inmuebles), 338 (distinción necesaria entre bienes de dominio público y de propiedad particular), 430 (distinción entre posesión natural y posesión civil), 433 (distinción entre posesión de buena y mala fe), 532 y 533 (distinciones entre servidumbres prediales) o el ya anteriormente citado art. 1740.1 Cc. La enumeración de normas podría ser aquí abundantísima. Un caso de ficción puramente verbal, de carácter meramente asimilatorio es, desde luego, la que determina, a tenor del art. 59 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, que «el dueño de los bienes pignorados, a todos los efectos legales, tendrá la consideración de depositario de los mismos».

<sup>68</sup> Las metáforas son tan abundantes en el lenguaje del legislador como en el de los teóricos del derecho. Ejemplos del primer supuesto son el art. 149.1, 8.ª Const. («bases» de las obligaciones contractuales) y los arts. 1.1 («fuentes» del derecho: vid. también art. 149.1, 8.ª Const.), 1089, 1091 y 1092 («nacimiento» de la obligación, 530 (predio «sirviente»), 780, 818, 1003, 1021, 1023, 1534 y 1362 («carga» de la herencia o de la sociedad de gananciales), 1109 («silencio» de la obligación), entre otros muchos del Cc. o, entre otros supuestos normativos de la legislación catalana a veces semejantes a los anteriores, art. 8 CS (herencia «yacente»).

<sup>69</sup> La designación de un género con el nombre de una especie se produce frecuentemente a través de la palabra «monte» valiendo como «bosque» (arts. 485 Cc. y 30 y 28 Rh.), como «terreno forestal» o de vocación forestal (Ley de montes de 8 de junio de 1957 y su Reglamento de 22 de febrero de 1962 y, ahora, Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, art. 5) o incluso de terrenos agrícolas en general sujetos a ciertas características jurídicas (art. 14 de la ley 4/1995, de derecho civil de Galicia, sobre «montes» vecinales en mano común, también reglamentados por una ley estatal y por otra ley autonómica).

<sup>70</sup> Nombrar la causa por el efecto se da, por ejemplo, en el art. 1195 Cc., a propósito de la compensación.

<sup>71</sup> Obsérvese la expresión del art. 1091 Cc., que tiende a subrayar el carácter vinculante que, como *lex contractus*, tiene el contrato.

<sup>72</sup> Entre nosotros se ha referido a este propósito LEGAZ, *Filosofía del derecho* cit., pág. 74, al art. 645.5 del Ccom., que dispone que «si la muerte hubiese ocurrido en defensa del buque el hombre de mar será considerado vivo y se abonará a sus herederos, concluido el viaje, la totalidad de los salarios», de modo que, a su entender, la expresión «será considerado vivo» no es sino una simple perífrasis «con la que se da realidad a una idea de justicia».

Frente al término simple y tradicional de «aborto» (arts. 745 y 965 a 967 Cc., 45 Lrc., 20, 21, 22, 72, 74, 98, 116, 179 a 174 Rrc., art. 417-bis del Cp. anterior, todavía vigente, y arts. 144 a 146 y 169 Cp. de 1995), es perifrástica la expresión modernamente utilizada, sin duda más dulcorada, de «interrupción voluntaria del embarazo» (así, en el R. D. 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal del clásico aborto consentido).

presiones retóricas que indican o sugieren meras aprensiones o simples puntos de vista<sup>73</sup>, a las formulaciones directas y a las formulaciones indirectas<sup>74</sup> e, incluso —para no abusar de una enumeración que podría alargarse fácilmente—, a las afirmaciones realistas y a las figuraciones más o menos alejadas de la realidad.

### 3.2. *El derecho como lenguaje preceptivo y el alcance calificativo de sus proposiciones normativas*

Por otra parte, el lenguaje jurídico es un lenguaje específico de carácter, en general, preceptivo, cuya virtualidad normativa se desenvuelve conformando en un determinado sentido la realidad natural, de manera que la regla de derecho parte de tal realidad para darle una peculiar configuración formal. Por eso se puede cabalmente hablar de una «realidad histórica» y de una diferente «realidad jurídica» y se distingue también por los juristas, según ya sabemos, entre el *locus naturalis*, que respondería a un segmento de la simple realidad, y el *locus artificialis*<sup>75</sup>, que sería el mismo elemento sustantivo pero configurado por el legislador de una manera particular, a veces desviada de la realidad material: así, por ejemplo, el derecho, de acuerdo con la realidad, divide el tiempo en días, pero luego distingue entre días hábiles e inhábiles<sup>76</sup>; el tiempo no puede en la realidad dejar nunca de correr y, sin embargo, la prescripción extintiva, aunque por lo general ello sea excepcional, puede ser objeto de suspensión<sup>77</sup>; el derecho contempla el error obstativo pero frecuentemente lo considera, forzando la realidad, como si de error motivo se tratase; o bien las normas exigen para que exista contrato el co-

---

Como ejemplo extremado de perífrasis alambicada puede señalarse la siguiente: «persona que hubiera vivido con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual» a que se refiere el art. 12.4 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. Vid. también art. 16.1, b) y Disp. trans. 2.<sup>a</sup>, 7, de la misma ley.

<sup>73</sup> Cfr., en este sentido, como expresivo de una actitud genérica negativa del legislador, el art. 6.1, proposición segunda, Cc., a propósito de los efectos jurídicos del error de derecho, que, lógicamente, como cualquier otro supuesto de hecho tenido en cuenta por las normas —por ejemplo, el parto de un animal, la fructificación de una planta, la muerte de una persona o la conclusión de un contrato— ciertamente «producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinan», siendo por ello la norma recordada un precepto que, en realidad, nada específico estatuye. Su nulo potencial valor disciplinar vendría, además, abonado por faltar habitualmente al error de derecho el requisito de la excusabilidad.

<sup>74</sup> Así, por ejemplo, el art. 1341 Cc. debe, en realidad, entenderse como de admisión, para su concreto supuesto práctico, de un verdadero contrato sucesorio: vid, sobre este punto, LACRUZ, op. cit. pág. 337.

<sup>75</sup> Sobre la distinción entre realidad histórica y realidad jurídica las referencias bibliográficas serían interminables. Para una interesante aplicación del concepto de *locus artificialis* al mercado, se recuerda la ya citada contribución de IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*.

<sup>76</sup> Cfr., sobre este punto, art. 5 Cc.

<sup>77</sup> A este propósito puede recordarse la Ley de 1 de abril de 1939, dictada en circunstancias político-sociales del todo inusuales. La idea de suspensión sería conceptualmente del todo incompatible, en cambio, con la de caducidad. Sobre la suspensión de la prescripción y de la caducidad, véanse, sin embargo, arts. 121-15 a 121-19 y 122-3.1, de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código civil de Cataluña.

nocimiento de las condiciones generales de la contratación, pero con frecuencia reducen el conocimiento a la simple cognoscibilidad<sup>78</sup>.

Todavía debe tenerse en cuenta, en tercer lugar, que el derecho, en cuanto lenguaje básicamente preceptivo<sup>79</sup>, requiere de suyo la realización aplicativa de sus proposiciones normativas, de manera que su efectividad reclama la puesta en práctica de variados mecanismos, entre los que se encuentran particularmente los relativos a la llamada eficacia constitutiva de las normas, la cual supone siempre una calificación que, de ordinario, desciende de las normas de manera directa e inmediata en relación a supuestos de hecho acogidos *in natura rerum* por ellas tenidos en cuenta, pero que también a veces se produce de manera indirecta y oblicua en dirección a los mismos. En este sentido cabe, en concreto, señalar, como aspecto relevante sobre el que discurre el razonamiento jurídico, la doble dimensión material y formal en que el derecho con frecuencia se mueve, que hace, por ejemplo, que, en ocasiones, según ya sabemos, la situación fáctica de despojo no necesariamente signifique formalmente desposesión, que la reunión bajo el mismo techo de marido y mujer no haya de considerarse como convivencia y que el alejamiento entre los esposos no valga como cese de aquélla, o bien —podemos también añadir— que para el ordenamiento pueda haber, al lado del domicilio verdadero o real de la persona física, el llamado domicilio legal o incluso un domicilio electivo<sup>80</sup>.

En la perspectiva de este triple telón de fondo sobre el que formalmente procede y se expresa el razonamiento jurídico —del derecho como lenguaje, del derecho como lenguaje preceptivo y del derecho como elemento de calificación de la realidad social— es donde deben situarse, a mi modo de ver, las consideraciones que se hacen sobre la ficción en este discurso, que es claro, sin embargo, como además determinan necesariamente las dos últimas características del lenguaje jurídico señaladas, que no puede ser una disertación referida al

---

<sup>78</sup> Tomo estas dos últimas referencias de GALGANO, *Uso alternativo del diritto privato*, en *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, Bari, 1973, pág. 140.

La inapropiada falta de distinción disciplinar entre el error obstativo y el error motivo se defiende, sobre la base de la dicción del art. 1265 Cc., por la mayoría de nuestros civilistas, aunque seguramente sin convincente razón.

En relación a la suficiencia de la simple cognoscibilidad de las condiciones de la contratación, cfr. ahora art. 7, a), de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

<sup>79</sup> Ello no obsta a que en las normas puedan distinguirse, al lado de los enunciados jurídicos propiamente prescriptivos, otros cuyo inmediato carácter sea simplemente asertivo o tengan carácter cualificatorio, categorías que, por lo demás, no siempre son fáciles de distinguir entre sí, por confundirse, al menos aparentemente, con frecuencia: sobre estos aspectos, vid. HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica* cit., págs. 231 ss., esp. págs. 239 ss.

<sup>80</sup> Cfr., sobre el particular, art. 40.1 Cc. (domicilio real), arts. 40.2 Cc. y 64, 65, 67 y 68 Lec. (domicilio legal) y arts. 130 y 131 Lh (domicilio electivo). La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil ha suprimido la referencia a los domicilios legales que la anterior contenía en sus arts. 64, 65, 67 y 68. A estos diferentes tipos, legalmente previstos de domicilio, se refieren las STS. de 30 de diciembre de 1992 y de 30 de enero de 1993.



mero mecanismo de la lengua en que la ficción se formula<sup>81</sup>, pues ello la banalizaría convirtiéndola en una pura habilidad del lenguaje o, a veces, en una simple formulación elíptica. Es evidente, en efecto, que el sentido justificativo y el alcance operativo de la ficción superan ampliamente los aspectos más propiamente lingüísticos de la actividad del jurista que se ayuda del recurso a la misma, no siendo posible olvidar la íntima conexión que la ficción tiene con la conformación misma del razonamiento jurídico, puesta ya de relieve por Azón —*fictio, id est interpretatio*<sup>82</sup>— y también subrayada, hasta el extremo de llegar igualmente a equipararlas —*iuris interpretatione seu fictione*— por Bártolo<sup>83</sup>.

### 3.3. Aproximación al significado de la ficción en el derecho

Entre las figuraciones en menor o en mayor grado alejadas de la realidad, a que antes me he referido y que también habitualmente pueden considerarse como formulaciones indirectas, se encuentran: *a*) las integraciones de la apariencia en los supuestos de hecho de las normas, basadas, a veces, en el criterio de la normalidad que desciende de la naturaleza de las cosas y, en otras ocasiones, de ciertas verdades legales u oficiales, que son representaciones formales de una realidad solamente eventual<sup>84</sup>; *b*) las presunciones, a las que tan frecuentemente recurre el legislador y que se amparan unas veces en valores ideológicos y otras en el valor técnico que se cifra en el criterio de la mayor probabilidad deducible del *id quod plerumque accidit*<sup>85</sup>; *c*) las presuposiciones de implicaciones sobreentendidas —que, en realidad, no suelen ser sino cómodas invenciones legislativas o jurisprudenciales, verdades vicarias o sucedáneos de la verdad—,

---

<sup>81</sup> Sin embargo, para algún famoso jurista, del que soy deudor de no pocas enseñanzas impartidas a un pequeño grupo de discípulos en una de las salas de su impresionante biblioteca, el lenguaje está tan enraizado en la realidad de los hechos que se opone a toda utilización de la ficción: sobre esta apreciación bettiana, que se compadece poco en ocasiones con la técnica jurídica, vid. ZACCARIA, *Le juriste et la volonté: quelques notes sur Betti et les fictions juridiques*, en *Droits*, 21, cit., pág. 136.

<sup>82</sup> AZÓN, *In lib. 1 Cod., Incipit mat. ad cod.* n. 9, en donde también se habla de *omnes istas fisiones, sive interpretationes*, poniendo también de relieve inmediatamente después, n. 10, la misma relación: *interpretantur, fingentes*.

<sup>83</sup> BÁRTOLO, en su comentario al contenido de D. 41, 3, 15, *quaest* 5.

<sup>84</sup> Cfr., a este propósito, de una parte, el art. 464 Cc. y, de otra, el art. 34, en relación con los arts. 3.1 y 38, primera proposición, Lh.

<sup>85</sup> Sobre la distinción entre diversos tipos de presunciones apuntada en el texto, vid. WRÓSBLESKI, *Structure et fonctions de les présomptions juridiques*, en *Les présomptions et les fictions en droit* (ed. al cuidado de Perelman y Foriers), Bruxelles, 1974, págs. 433 ss., esp. págs. 57 s.; y RIVERO, *Fictions et présomptions en droit public français*, en *Les présomptions et les fictions en droit* cit., págs. 101 ss., esp. págs. 109 s.

Entre las presunciones que atienden a valores ideológicos, destacan la presunción de inocencia (art. 24.2 Const.), las que se derivan de la verdad oficial de lo expresado en la inscripción registral (arts. 38 y 35 Lh.) y las que, en base a un interés económico-social —*quieta non muovere*—, favorecen legalmente a la posesión (arts. 434 y 448 Cc.). En relación a las presunciones que atienden al valor técnico de la mayor probabilidad, respecto de cuyos casos concretos las citas legales podrían ser muy abundantes, cfr. los antiguos arts. 1250 y 1251 Cc. y ahora art. 385 Lec. 2000.

en ocasiones tenidas en cuenta por el legislador o por el juez en razón de apreciaciones o conjeturas pausibles diversas, pero cifradas, las más de las veces, en la mera prudencia del operador jurídico y casi siempre en su simple intuición<sup>86</sup>; y, desde luego, *d*) las ficciones, consistentes, en cuanto alteraciones de la realidad material o de los conceptos jurídicos en que la realidad jurídica se formaliza, en proposiciones doctrinales, jurisprudenciales, negociales o legales que tienen como propio un contenido asertivo que, por razones más o menos justificables de equidad, de utilidad o de conveniencia, se agota en sí mismo y vuelve deliberadamente la espalda a la realidad material o conceptual sobre la que opera.

Esta definición, tan genérica y elemental, que se acaba de dar de la ficción es, como todas las definiciones en materia jurídica, *periculosa* y no sólo porque *parum est enim tu non subverti possit*, como afirmaba Javoleno, sino porque, además, no es sino una noción que intenta ser mediadora entre las muchas a través de las cuales se han expresado las múltiples concepciones de los juristas sobre la ficción, cuya enorme variedad se resiente necesariamente del ámbito intelectual y normativo que constituye lo jurídico, en el cual, según ya se ha señalado, se barajan materia y forma, realidad natural y realidad jurídica, y en el cual ha de inscribirse precisamente la ficción.

En los dos señalados planos en que la realidad tenida en cuenta por el ordenamiento se presenta es, desde luego, explicable que la idea primigenia de la *fictio iuris* se forjase con más facilidad e inmediatez en aquel de dichos planos que se refiere a la realidad material, por lo que es también perfectamente comprensible, dada la inercia que tanto condiciona la evolución científica del derecho, que persista con fuerza hasta nuestros días la consideración de que la ficción no es, en esencia, sino un «expediente técnico consistente en suponer un hecho o una situación diferente de la realidad con vistas a producir un efecto jurídico»<sup>87</sup>. Esta concepción de la ficción es la que todavía acogen la mayoría de los autores, pudiendo así calificarse elementalmente a las ficciones como figuraciones de un hecho contradictorio con la realidad, representándolo como existente si no existe o como no existente si existe, de modo que la ficción supone,

---

<sup>86</sup> Es ejemplar, a este respecto, el art. 1124 Cc. sobre la resolución de los contratos por incumplimiento. A esta técnica de la presuposiciones subjetivas ha recurrido a veces la jurisprudencia para justificar la modificación judicial del contrato sobre la base de la existencia presupuesta de una implícita cláusula contractual *rebus sic stantibus et aliquo novo non emergentibus* (cfr., entre otras, Ss. 6 octubre 1987, 10 diciembre 1990 y 23 abril 1991). Al supuesto de la presuposición de implicaciones sobreentendidas, justificado en este caso en «conjetura de piedad», puede también reportarse acaso, aunque la norma catalana se refiera formalmente a la presunción, el art. 191 CS, para considerar establecido el fideicomiso condicional *si sine liberis decesserit*.

<sup>87</sup> Aprovecho aquí el significado de la ficción que da, en el *Vocabulaire juridique* de la Association H. Capitant (bajo la dirección de Cornu) (3.<sup>a</sup> ed.), Paris, P.U.F., 1992, CAPITANT, s. v. «Fiction».



según su primera definición, debida a Cino de Pistoia, una *in re certa contrariae veritatis pro veritate assumptio*<sup>88</sup>, en el sentido de que, como ha observado Jean Dabin, existe ficción «cada vez que una realidad natural sufre por parte del jurista constructor del derecho una denegación o una desnaturalización consciente»<sup>89</sup>. Dentro de esta dirección, pero de un modo sin duda más preciso, en cuanto que pone de manifiesto su aspecto dinámico, la ficción ha sido definida por Vincenzo Colacino como «una modificación ideal y corrección de la realidad concreta, dirigida a hacer posible la aplicación de una norma en otro caso no aplicable»<sup>90</sup>.

En el plano de la realidad jurídica en cuanto realidad artificial el concepto de ficción ha de acoger necesariamente, para otros, los aspectos formales en que se cifra la configuración jurídica de la realidad material, por lo que la ficción tiene que referirse forzosamente a los aspectos calificadorios que descienden de toda norma o, en general, del razonamiento jurídico. En este contexto, el expediente intelectual en que consiste la ficción se puede cabalmente definir, de acuerdo con la sutil expresión de Gillaume Wicker, que ha dedicado recientemente un interesante libro a la cuestión, como «la alteración de uno o más conceptos jurídicos por desconocimiento de sus condiciones lógicas o de los defectos lógicos de su aplicación»<sup>91</sup>.

Naturalmente que, entre la consideración de la ficción por referencia a la realidad material o la que la reporta a la realidad jurídica, pueden adaptarse posturas intermedias o sincréticas como la anteriormente propuesta o la que es observable en la definición que de la ficción ha propuesto René Dekkers, autor de un conocido libro sobre la materia, que la entiende como un «procedimiento técnico consistente en colocar intelectualmente un hecho, una cosa o una persona en una categoría jurídica conscientemente impropia para que, consiguientemente, pueda beneficiarse de la solución práctica de esta categoría»<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Formulada en relación a C. 4, 19, 16, y luego retomada por otros muchos contemporáneos y, en particular, por Bártolo en relación a D. 41, 43, 15, 21. La definición es también acogida modernamente por MACCHIARELLI, s. v. «Fictio iuris» (concetto razionale e positivo), en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. II, parte II, Milano, 1903, pág. 550, que recoge expresiones de VOET y de NOODT, seguidas luego, en su *Sinopsi delle Pandette*, por POLIGNANI. El propio autor recuerda también, de aquellos mismos escritores, esta otra definición de las ficciones legales: *sanctiones legum quibus contrarium eius ponitur quod veritate est*.

<sup>89</sup> Cfr. DABIN, *La technique de l'elaboration du droit positive, spécialement en droit privé*, Paris, 1935, pág. 321.

<sup>90</sup> COLACINO, s. v. «Fictio iuris», en *Novísimo Digesto Italiano*, VII, Torino, Utet, 1957, pág. 270.

<sup>91</sup> WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, L.G.D.J., 1997, pág. 12.

<sup>92</sup> Cfr. DEKKERS, *La fiction juridique: étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, Sirey, 1935, núm. 137. Esta obra mereció un interesante y profundo comentario de CORNIL, *Réflexions sur le rôle de la fiction dans le droit. À propos d'un livre nouveau*, en *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1935, págs. 28 a 42.

Aunque tal diversidad de definiciones ha producido una notable perplejidad en la doctrina, hasta el punto de que no faltan quienes ven en la ficción un simple expediente técnico de carácter verbal<sup>93</sup>, sin embargo, en realidad, en su esencia más propia, las ficciones, que a veces han sido conceptuadas como «consciente y oportuna, pero falsa aceptación»<sup>94</sup>, pueden reportarse fácilmente a la idea de hacer ingresar ciertos supuestos no suficientemente pensados o imprevistos en el sistema del ordenamiento y, en términos generales —aunque se trate, como veremos, de conceptos distintos—, a la idea de analogía, no sólo porque, por lo común, las ficciones vienen a suponer siempre algún tipo de asimilación entre lo que existe y lo que se finge existir, según sugiere el viejo aforismo de que *tantum operatur fictio in caso ficto quantum veritas in casu vero*, sino sobre todo porque, en el supuesto más significativo de la específica *fictio legis*, la ficción consigue, como el recurso a la analogía, el mismo resultado final de dar una solución normativa a un caso no legalmente contemplado.

En efecto, según explicaban con lúcida sencillez Roberto de Ruggiero y Fulvio Maroi<sup>95</sup>, «mediante la *fictio legis* se finge un hecho diverso del real, representado como existente (si no existe) o no existente (si existe) un elemento cuya respectiva ausencia o presencia impediría que se aplique la norma dictada por el legislador, de manera que, de esta forma» —es decir, gracias a la ficción—, «se consigue comprender en dicha norma el caso nuevo que de por sí no estaría sometido a ella, ampliando de este modo el ámbito de la regla sin modificar su texto». La ficción, en el fondo, sirve así para proponer lo desigual como igual (por ejemplo, el impedimento del cumplimiento de la condición contractual como cumplimiento de la misma), enlazando la experiencia nueva con las experiencias pasadas, de manera precisamente que —como expresa Salvatore Pugliatti<sup>96</sup>— la experiencia nueva (en nuestro ejemplo, el impedimento del cumplimiento de la condición contractual) se coloca y se contrae en los límites de las experiencias pasadas (en el supuesto por nosotros elegido, el cumplimiento de aquélla a que se refiere el art. 1119 del Código civil). De este modo, como de forma más general, pero no menos precisa, ha señalado el belga Paul Foiriers, «las ficciones se repor-

---

<sup>93</sup> Vid. en este sentido, PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, Padova, Cedam, 1994, págs. 5 s. Aunque de manera muy matizada, por esta orientación parece también propender últimamente RESCIGNO, *Sulle finzioni nel diritto privato: memorie e idee da riordinare*, en *Le finzioni del diritto* cit., pág. 210.

<sup>94</sup> En este sentido se pronunció en 1920 el filósofo alemán VAIHINGER, *Philosophie des Als-Obs*, Leipzig, 1920, págs. 130 y 253, recordado, a propósito de esta filosofía del «como si», por PUGLIATTI, s. v. «Conoscenza», en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, pág. 87.

<sup>95</sup> Cfr. DE RUGGIERO y MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, I (6.ª ed.), Milano-Messina, 1943, pág. 54.

<sup>96</sup> Cfr. PUGLIATTI, *op. et loc. cit.* Estas líneas están tomadas de FISCHER, *Fiktionem und Bilder in der Rechtswissenschaft*, en *Arch. civ. Praxis*, 1919, págs. 155 ss., que señala, en esta conocida obra sobre ficciones e imágenes en la ciencia del derecho, que «el proceso de la ficción está en la superación de lo viejo para bascular sobre lo nuevo».

tan a la teoría de la extensión de la norma de derecho, sea a la de su creación o a la de su legitimación»<sup>97</sup>.

En este contexto al que me vengo refiriendo, bien podría decirse, a esta altura de la exposición, que la ficción viene a aparecer en el razonamiento jurídico como el resultado de la soldadura, nunca perfecta, entre «realidad jurídica» y «realidad histórica»<sup>98</sup>.

Cabe insistir aquí, todavía, en el hecho de que, como bien sabemos los juristas, sobre todo los juristas prácticos, la verdad jurídica no es, con mucha frecuencia más que de una verdad probable, verosímil, aparente, oficial o, en su caso, una verdad que sólo lo es porque así lo ha decidido definitivamente, entendiendo la prueba que se le ha proporcionado como suficiente, el juzgador de instancia, en una mera valoración del material probatorio apreciado según su valor legal o bien —como dice, en una declaración hecha *obiter dictum*, la sentencia de 16 de diciembre de 1985— «conforme a su convicción o a su convencimiento»<sup>99</sup>. Se puede evocar de nuevo, a este respecto, el significativo aforismo que explica, en forma sintética y vulgar, la ya recordada vieja regla de origen ulpiano *res iudicata pro veritate habemus*, indicando la posibilidad de que *res iudicata facit de albo nigro*.

En definitiva, podemos indicar, para terminar esta inicial apreciación sobre el significado de la ficción, que en su concepto se sobrepone a su sentido básico etimológico de deformación, más o menos consciente, de la realidad una dimensión, de carácter más técnico, de atribución de los mismos efectos jurídicos a dos hechos o situaciones diferentes y diversos<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> Cfr. FORIERS, *Présomptions et fictions*, en *Les présomptions et les fictions en droit* cit., pág. 8.

<sup>98</sup> En esta dirección se expresa TODESCAN, *Diritto e realtà (storia e teoria della fictio iuris)*, Padova, 1979, pág. 13, cuya obra tiene particularmente en cuenta los perfiles, a veces bien poco sutiles, que diferencian la verdad histórica de la verdad jurídica.

<sup>99</sup> En relación a las ideas de certidumbre, de probabilidad, de verosimilitud, de apariencia, etc., pueden encontrarse apreciaciones de interés en PUGLIATTI, s. v. «Conoscenza», cit., págs. 76 ss.

Como ya se ha puesto de relieve, la regla de la autoridad de la cosa juzgada confiere a una opinión el estatuto de verdad: sobre este particular, vid. MCEVOY, *La question de l'arrêt: le cas de l'argumentation dans le droit*, en *Lire le droit* cit. pág. 193.

<sup>100</sup> Naturalmente, los juristas ponen mayormente el acento en una u otra de las dos perspectivas indicadas de la ficción. Por una mayor consideración de su acepción técnica se orientan, por ejemplo, ESSER, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionem* (2.<sup>a</sup> ed.), Frankfurt, 1969, pág. 26 ss. y LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, 1991, págs. 262 s., y por la acepción más inmediatamente etimológica el italiano BETTI, según se desprende de lo indicado en una n. anterior: no obstante, si bien mostrando siempre escasa simpatía por la ficción, el gran romanista y civilista —en BETTI, *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica*, ahora en *Diritto, Metodo, Ermeneutica* (al cuidado de Crifò), Milano, 1991, págs. 393 ss., esp. pág. 412 s., n.— refiere la función político-jurídica de la *fictio* formular al «examen de sus aplicaciones a la luz del principio de analogía tanto en la *iurisdictio* como en la *interpretatio* (Ped. D. 1, 3, 13)».

## II. CLASES DE LAS FICCIONES DEL DERECHO

### 4. *Indicaciones generales*

#### 4.1. *Las razones de la colocación de este apartado*

De las *fictiones iuris*, que constituyen, en expresión del jurista italiano Giuseppe Zaccaria, una de las figuras fundamentales de la técnica jurídica<sup>101</sup>, se ha dicho con razón que fascinan a la vez que turban y azoran a los juristas<sup>102</sup>, en cuanto que, mal vistas por ellos porque significan, en definitiva, una desnaturalización de la realidad, las ficciones son, sin embargo, expresión de su poderosa creatividad, de modo, además, que no sólo muchas de las ya formuladas a lo largo de la historia subsisten tenazmente, sino que otras nuevas aparecen con fuerza y arraigan con notable firmeza en el más reciente devenir del ordenamiento, señaladamente —aunque no únicamente— para atender a exigencias económicas.

Un caso bien curioso de esa extraña conjunción de fascinación y de emba-razo con que la ficción deslumbra y estorba al jurista se encuentra, reiterado, en nuestra ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. En su versión inicial de 1984, su art. 10.4 establecía que «serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas» las cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general que no cumplieran ciertos requisitos y que pudieran calificarse de abusivas; y ahora, su nuevo art. 10 bis, redactado de acuerdo con la disposición adicional primera de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, estipula igualmente, en su apartado 2, que «serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo». Es difícil encontrar unos textos legales que, siendo tan cortos, sean a la vez tan contradictorios y, en una u otra de sus proposiciones acumulativas, tan superfluos. En efecto, si la cláusula, la condición o la estipulación abusivas son nulas de pleno derecho, no hay razón para que hayan de tenerse por no puestas y, si se tienen por no puestas —ficción negativa que tiene por objeto enervar de raíz la eficacia de la cláusula, la condición o la estipulación—, no es necesario, por ser ya del todo intrascendentes, calificarlas de nulas de pleno derecho.

Pero lo dicho hasta ahora sobre esta figura jurídica —que, como vemos por este ejemplo, atrae y contemporáneamente se repudia— ha expresado todavía bien poco sobre su concepto, sus caracteres, su alcance y su valoración doctrinal, cuyos extremos han de merecer lógicamente la adecuada atención, particularmente por lo que atañe a la *fictio legis*, en tanto en cuanto el tiempo y vuestra cortesía, y la mía hacia vosotros, lo permita. Abordar este asunto no es, en cual-

---

<sup>101</sup> ZACCARIA, *Le juriste et la volonté: quelques notes sur Betti et les fictions juridiques*, en *Droits*, 21 cit., pág. 129.

<sup>102</sup> En este sentido, HANNOUN, *Les fictions en droit économique*, en *Droits*, 21 cit., pág. 83.

quier caso, del todo fácil, aunque quiera acometerse con sencillez, pues se habrán de tratar en él aspectos complejos y con frecuencia controvertidos.

En el doble intento de aliviar el tedio de una exposición excesivamente rígida en su configuración formal y de proceder de la manera más llana y por sucesivas aproximaciones, me parece oportuno avanzar en el desarrollo de estas pequeñas reflexiones dedicando el conveniente espacio a la consideración de las diferentes especies de ficción.

#### 4.2. *Las clasificaciones de las «fictiones iuris»*

De las *fictiones iuris*, como de casi todas las instituciones jurídicas y de casi todos los mecanismos técnicos a través de los que aquéllas se regulan, se configuran, se desenvuelven y se explican, pueden proponerse tantas clasificaciones —*verbi gratia*, por su origen, por su objeto, por su modo, por su virtualidad o por su función— como consienta la imaginación o la pericia del intérprete o del estudioso del derecho en cuanto al hallazgo o invención de adecuados índices de discernimiento.

Así las ficciones pueden clasificarse, por su origen, en doctrinales o dogmáticas, judiciales o, según algunos, jurisprudenciales, negociales y legales; por su objeto, las ficciones pueden catalogarse por su referencia, además de a situaciones o a circunstancias, a lugares, a personas y a cosas, a las que atribuyen alguna cualidad que no les es natural —por ejemplo, la de inmuebles a las cosas muebles o a la inversa—, para establecer en consecuencia, como ya explicaba Escriche, «cierta disposición que de otro modo parecería repugnante»<sup>103</sup>; por su modo, las ficciones pueden ser positivas, si consideran existente lo que no existe, o negativas, si consideran inexistente lo que existe<sup>104</sup>; por su virtualidad, las ficciones pueden ser intelectuales o materiales, según que en ellas el derecho contradiga a la realidad o la realidad al derecho<sup>105</sup>; y, finalmente, por su función, pueden distinguirse

---

<sup>103</sup> Cfr. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1874, pág. 1037 (hay una ed. moderna hecha en Bogotá, 1991, tomo II, pág. 598). La opinión de este autor se encuentra reproducida en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, s. v. «Ficción» cit., pág. 736.

<sup>104</sup> BÁRTOLO, *Opere* (ed. Venezia), 1602, tomo V, págs. 93 s., llamaba a las ficciones positivas inductivas ( *fingit esse id quod non est, et illam appello fictionem inductivam*) y a las negativas privativas ( *fingit id quod est non esse et illam appello fictionem privativam*). A estos dos tipos de ficción añadía el de las ficciones traslativas o extensivas, a las que se refiere una n. siguiente.

Algunos porpenden, en cierto modo, a llamar a las ficciones positivas y negativas centrípetas y centrífugas: *vid.*, en este sentido, COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, 2000, págs. 136 ss.

<sup>105</sup> Sobre esta distinción se articula el interesante estudio de HANNOUN, *Les fictions en droit économique* cit., esp. págs. 85 ss. y 90 ss.

La distinción hace recordar enseguida la apreciación de VICO, en *Opere giuridiche* cit. pág. 263, de que los jurisconsultos antiguos *non, ut nostri, leges ad facta, sed ad leges facta accomodabant*, por referencia a los modos de operar de la ficción.

Estas distinciones tienen evidentes puntos en común con la que clasifica las ficciones en endógenas y exógenas, según que el mecanismo en que se cifran pertenece a la realidad jurídica o extrajurídica: sobre el particular, apreciaciones en el libro de COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif* cit. págs. 66 ss. y 91 ss.

las ficciones en operativas, prácticas, constructivas o también llamadas, a veces, históricas, si alcanzan virtualidad normativa<sup>106</sup>, y en dogmáticas o sistemáticas, también llamadas, en ocasiones, teóricas, de las que los juristas se sirven con finalidades doctrinales, especulativas y, en general, ordenadas a la composición pretendidamente armoniosa del sistema jurídico, ya sea a través del genuino recurso a la ficción utilizado con la pretensión de resolver de manera sencilla problemas más o menos complicados, o bien, como modernamente pretenden también algunos, ampliando acaso arbitrariamente el concepto de ficción, mediante el empleo de entidades ficticias en la elaboración de la ciencia del derecho<sup>107</sup>.

En la ocasión de esta exposición elemental, preferimos examinar las ficciones bajo el esquema clasificatorio que las distingue por su origen, no sólo porque agruparlas a través de este índice es lo más sencillo, sino también y sobre todo porque, adoptando esta actitud metodológica, se logra, con más facilidad que siguiendo otros caminos, tener en cuenta el sentido y el alcance de las demás distinciones sugeridas.

## 5. Las ficciones doctrinales

### 5.1. Su empleo como explicaciones constructivas

De este tipo de ficciones con función dogmática, teórica o sistemática —bastante familiares en la teoría del derecho<sup>108</sup>— se ha auxiliado frecuentemente la

---

<sup>106</sup> Este operar normativamente las ficciones se logra habitualmente mediante un recurso de carácter traslativo semejante al recurso a la analogía: por eso BARTOLO, *op. et loc. cit.*, se refería, al clasificar las ficciones, a la que *id quod est uno modo fingit esse alio modo, et istam appello fictionem traslativam*.

Esta categoría de ficciones, también luego llamadas extensivas, fue subdividida por ALTASERRA, *De fictionibus iuris. Tractatus septem*, Halae, 1769, tract. 1.º, cap. 1.º, que explica —sistemizando en parte la clasificación de las ficciones por su objeto— que *et consistit in quator, de persona ad personam, de re ad rem, de loco ad locum, de tempore ad tempus*. La primera ed. de la obra de Altaserra (†1682), una de las más antiguas de las específicamente dedicadas a la ficción, apareció en París en 1659.

Estas ficciones operativas o prácticas han sido subdistinguidas todavía, en el exasperante afán clasificatorio taxonómico de algunos juristas, entre ficciones limitadas o ilimitadas, por razón de la dimensión de su alcance disciplinar.

ROSS, *Le finzioni giuridiche*, en *Critica del diritto e analisi del linguaggio* (al cuidado de Febbraio y Guastini), Bologna, 1982, pág. 182, llama creativas a este tipo de ficciones, viendo en ellas «una particular técnica para la extensión analógica de las reglas jurídicas».

<sup>107</sup> La profusión potencial de la taxonomía de las ficciones podría alcanzar, según se ha sugerido en el texto, proyecciones muy variadas. LA TORRE, *La finzione del diritto*, en *Rivista di diritto civile*, XLVI, 3, maggio-giugno 2000, págs. 315 ss., propone una compleja clasificación de las ficciones en ficciones de subjetividad, ficciones-beneficio, ficciones-sanción, ficciones de continuidad, ficciones remedio a las imperfecciones del sistema, ficciones legitimantes y ficciones dogmáticas.

<sup>108</sup> La expresión es de PAULSON, *Hans Kelsen et les fictions juridiques*, en *Droits*, n.º 21, cit., pág. 65.

Como pone de relieve ALPA, *Le finzioni giuridiche*, en *Trattato di diritto civile* (dirigido por Sacco), 2. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, págs. 334 s., «toda investigación, en cualquier campo científico, debe recurrir a ficciones, porque ellas son arte insuprimible de la actividad intelectual del hombre».



doctrina para explicar ciertas categorías jurídicas en el intento de reconstruir a través de ellas el sistema del ordenamiento. Figuras como la representación en cuanto sustitución en la actividad jurídica de la persona, como la representación sucesoria —a cuyo propósito refiere expresamente el legislador francés, en la insólita regla del art. 739 del Código de Napoleón, un supuesto específico de *fiction de la loi*—, como la subrogación real<sup>109</sup> o como la retroactividad del cumplimiento de la condición<sup>110</sup> han sido precisamente ilustradas no pocas veces recurriendo a la referencia a la ficción.

Es verdad, en todo caso, que de estas ficciones doctrinales<sup>111</sup> tienden a aprovecharse cada vez menos los teóricos del derecho, aunque, en algunos de los casos a que se refieren, como el de la retroactividad, no cabe duda de que hay un claro sustrato de ficción —puesto que se viene a establecer «como ocurrido antes lo que realmente sucedió después»<sup>112</sup>— y en otros, como el de la subrogación real, parece existir en la actualidad «una tendencia a retornar a la antigua idea de la ficción, por cuanto un cierto recurso al artificio resulta indispensable para comprender el funcionamiento» de la sustitución de una cosa en el régimen jurídico de otra<sup>113</sup>.

Por lo que a este tipo de ficciones se refiere, también numerosas en el que podemos llamar ámbito del derecho constitucional y, en general, del derecho público, como las relativas a la personificación del Estado o a la consideración de la decisión de los diputados como si fuera la voluntad de los electores<sup>114</sup>, únicamente

---

Sin embargo, contra las ficciones utilizadas en la elaboración de la ciencia jurídica dirigió Bentham las fuertes críticas a que también se hace referencia en otros lugares: vid. MORESO MATEOS, *Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis*, en DOXA, n.º 3, cit., págs. 129 ss.

<sup>109</sup> Puede verse a este propósito el destacado estudio de ANDRÉS SANTOS, *Introducción histórico-dogmática a la idea de subrogación real*, en *Anuario de derecho civil*, 1998, págs. 681 ss., esp. pág. 706 sobre la doctrina francesa clásica, así como la precisa panorámica que de la misma presenta MARÍN PADILLA, *La formación del concepto de subrogación real*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, págs. 1.111 ss. esp. págs. 1.164 ss.

<sup>110</sup> La calificación de ficción de la retroactividad del cumplimiento de la condición —que sería una ficción *de tempore ad tempus*— es frecuente en la doctrina francesa: vid., por ejemplo, entre los más recientes, BENABENT, *Les obligations* (3.ª ed.), París, 1991, n.º 261, o también TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *Les obligations* (5.ª ed.), París, 1993, n.º 1139.

La explicación de la retroactividad a través de la figura de la ficción es aprovechada también para otros supuestos: así ya Baldo enseñaba que *ratihabitio retro fingitur* (C. *ad leg.* 1, n. 1, *de iure aur anul.*).

<sup>111</sup> De la ficción doctrinal dice TERRÉ, *Introduction general au droit*, París, 1991, pág. 341, que es «une construction de l'esprit». A su través, señala, «se hace útilmente abstracción de la realidad o se sustituye a la misma».

<sup>112</sup> Así PÉREZ SERRANO, *Las ficciones en el derecho constitucional* cit., pág. 33.

El frecuente recurso de las normas a la idea, referida a una realidad ficticia, de la retroactividad se inspira en el *horror vacui* tradicionalmente omnipresente en el ordenamiento positivo.

<sup>113</sup> Sobre esta orientación —que se referiría a una ficción operativa *de re ad rem*—, cfr. ANDRÉS SANTOS, *Introducción histórico-dogmática* cit., pág. 749.

<sup>114</sup> Esta ficción constitucional tiene una larga tradición doctrinal: véase, por ejemplo, el estudio de JAUME, *Autour de Hobbes: représentation et fiction*, en *Droit* n.º 21 cit., págs. 95 ss.

se hará mención de aquellas que, a juicio de quien habla, han alcanzado mayor predicamento o se han mostrado más útiles en la construcción del discurso jurídico.

### 5.2. *Un caso ejemplar: la ficción de la persona jurídica*

Acaso el ejemplo más ilustre y conocido de las ficciones doctrinales es el que ha tendido a explicar analógicamente la equiparación a las personas físicas o naturales, como centros de imputación de relaciones de derecho, de las luego llamadas personas morales o jurídicas, porque, siendo éstas entes imaginarios, constituirían una mera elaboración lógico-jurídica finalizada a la creación de un nuevo sujeto de derecho y habrían sido tenidas como personas por las solas potencias del espíritu y consideradas como existentes por la mera creación del derecho<sup>115</sup>.

La doctrina que explica la atribución formal de la capacidad jurídica a las llamadas personas morales, mediante un artificio juzgado útil o conveniente por el legislador, ha tenido un valor muy destacado en la dogmática jurídica y su predicamento se debe tanto a su sencillez y rigor y a su larga presencia doctrinal en el tiempo como al prestigio de los juristas que a lo largo de los siglos se sirvieron de ella, a partir del canonista Sinibaldo de' Fieschi, luego elevado al solio pontificio bajo el nombre de Inocencio IV<sup>116</sup>, o del civilista Bártolo, hasta llegar a Pothier, a Aubry y a Rau o a Laurent, pasando, con diferentes matices, por Savigny, Puchta y Windscheid, en una larga y poderosa tradición científica. El gran Bártolo de Sassoferrato exponía este modo de entender la persona jurídica como algo ficticio, de una manera a la vez conceptuosa y sencilla, en el sentido de que, si bien la *universitas personarum* se identifica —decía— *naturaliter et proprie* con la suma de sus miembros, sin embargo, *secundum fictionem iuris universitas repraesentat unam personam*<sup>117</sup>. Por su parte, señalaba también Baldo degli Ubaldi, de manera concisa y a la vez elegante, que, en todo caso, la persona jurídica *est imago quaedam, quae magis intellectu quam sensu percipiatur*, concluyendo, en frase casi lapidaria, que la persona jurídica *in iure tantum et intellectu consistit*<sup>118</sup>.

La doctrina de la ficción de la persona jurídica, que conceptualmente entendía ésta como una persona ideal y disciplinarmente como una persona artificial ha sido objeto de debate, en relación al concepto y al sentido de la *fictio iuris*, hasta nues-

---

<sup>115</sup> Ha puesto de relieve GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, en *Rivista di diritto civile*, 1965, pág. 554, que la teoría que percibe en la persona jurídica una *fictio iuris* deriva de la identificación del sujeto del derecho con la persona humana, física o natural.

<sup>116</sup> A este canonista y papa se debe la afortunada expresión, que alcanzó gran predicamento, de que *universitas fingatur esse una persona*. Otras breves sentencias doctrinales que se popularizaron entre los juristas afirmaban de las personas jurídicas que *nomina sunt iuris, non personarum* o que *caret anima, voluntate, sensu*.

<sup>117</sup> Se recogen estas afirmaciones en su comentario *ad l. 16, § 10, Dig. 48, 19 n. 4*.

<sup>118</sup> Se formulan estas afirmaciones en su comentado *ad c. 3, X, 1, 31, n. 7*. Parece que fue Cino da Pistoia el que por primera vez habló, en relación a la persona jurídica, de *persona repraesentata*.



tros días<sup>119</sup> y sólo se vio frenada y luego en cierto modo interrumpida por las aprensiones, primero, y los apremios, después, de muchos otros juristas que buscaron una alternativa a la misma, en el intento de acabar con la omnipresencia, en este campo, del poder estatal como consecuencia de considerarse la persona jurídica como una pura creación del derecho positivo<sup>120</sup>. Bajo tales estímulos se formularon, en efecto, las llamadas teorías de la realidad de la persona jurídica, de las cuales unas sostenían su realidad existencial u orgánica —según las formulaciones iusnaturalistas de Hugo Grocio y de Puffendorf y, de modo más radical, la concepción organicista o incluso antropomórfica de Otto von Gierke— o bien resaltaban otras su llamada realidad técnica —según la formulación de Francesco Ferrara, autor, como se sabe, de la obra quizá más conocida sobre las personas jurídicas<sup>121</sup>— a través de entender formalmente trasladado el concepto de subjetividad jurídica de la persona física a la persona moral, mediante el reconocimiento estatal.

Entre los autores españoles modernos preponderan también las tesis de la realidad de la persona jurídica, en general bajo la orientación de apreciar su llamada realidad técnica, salva, acaso, la postura de don José Castán, que parece orientarse en la línea trazada por von Gierke<sup>122</sup>. Una posición distinta es la adoptada por el profesor Federico de Castro, sin duda nuestro mejor teórico de la persona jurídica<sup>123</sup>,

---

<sup>119</sup> Una síntesis eficaz de la evolución de la ficción de la persona jurídica se encuentra, por lo que se refiere a las primeras formulaciones de la ficción, en THOMAS, *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites medievales*, en *Droits*, n.º 21, cit., págs. 17 ss., esp. págs. 46 s., con abundantes referencias, y en cuanto a la evolución posterior, en PAULSON, *Hans Kelsen et les fictions juridiques*, en la misma revista, págs. 67 ss., en la que compara las posiciones de Savigny y Kelsen, el cual intenta superar la ficción mediante la afirmación de ser la persona jurídica, al igual que la persona física, un centro formal de imputación jurídica. De interesante lectura es, en varios aspectos, CATALANO, s. v. «Persona giuridica (diritto intermedio)», en *Novissimo Digesto italiano*, XII, Torino, 1976, págs. 1032 a 1035.

Sobre las cuestiones históricas de la evolución de la ficción considerada es fundamental, entre nosotros, el estudio de DE LOS MOZOS, *La evolución del concepto de persona jurídica en España*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1982-1983, «Itinerari moderni della persona giuridica», t. II, págs. 833 ss. Es también de particular interés, en sus términos más circunscritos, la obra del canonista PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y ficción*, Pamplona, 1975, que da un alcance muy matizado a la ficción de referencia.

<sup>120</sup> Venía siendo, en efecto, doctrina inalteradamente transmitida la de que *solus princeps habet potestatem novi collegii fabricandi*. La tesis, sin embargo, ya encontró en el medievo intentos de limitación a través de la llamada *approbatio tacita* o incluso de la prescripción (*praescriptio aequiparatur decreto principis*).

<sup>121</sup> Cfr. FERRARA, F., *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915, incorporada luego al *Trattato de Vassalli*, con varias ediciones hasta 1958. Hay traducción española publicada en Madrid, 1942.

RESCIGNO, *Sulle finzioni in diritto privato: memorie e idee da riordinare*, en *Le finzioni del diritto* (al cuidado de F. B. d'Usseaux), Milano, 2002, págs. 217 s., considera a la persona jurídica, no tanto una ficción como un concepto constructivo, a través del cual se explicarían también la situación del nascituro, de la ausencia e incluso de la muerte presunta.

<sup>122</sup> Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, I-2 (11.ª ed.), Madrid, 1971, págs. 381 ss. La obra más significativa sobre el tema de GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 vols., 1868-1913, ha sido reproducida anastáticamente y editada en Graz, 1954.

<sup>123</sup> Autor de numerosas contribuciones sobre la persona jurídica, que se recogen en DE CASTRO, *La persona jurídica*, Madrid, Cívitas, 1981.

que reacciona frente a las nuevas teorías y, aunque posiblemente con finalidad más bien utilitaria o instrumental, recoge aspectos de la tradicional teoría de la ficción hace un momento recordada. En efecto, preocupado sobre todo por la deformación o transformación desnaturalizadora de la persona jurídica, es decir, de lo que él calificó de su mitificación, así como por el consecuente y frecuente abuso de la misma en el tráfico, nuestro conocido civilista vino a expresar que «el hombre, la persona física, es un realidad con la que ha de contar el derecho como algo inmediato y de insoslayable consideración. La persona jurídica, por el contrario, ni se le ve ni se le toca; se nos presenta con los signos de una entequeia jurídica»<sup>124</sup>.

En una línea resueltamente defensiva de la idea de la ficción también se manifiesta, por lo demás, nuestro compañero de Academia Luis Puig Ferriol, para quien «en la persona jurídica juega siempre una fuerte dosis de ficción, por cuanto a través de este expediente de la personalidad jurídica se crea un nuevo sujeto de las relaciones jurídicas que desde una postura realista no podría merecer el concepto de persona», de modo que «esta idea de la ficción no es una reliquia histórica, sino que está continuamente presente en la problemática actual, que no pocas veces se ve en el trance de prescindir de la forma de persona jurídica ... cuando el mantenimiento de esa personalidad ficticia podría suponer un perjuicio para terceros que se estima injustificado»<sup>125</sup>.

En relación a las posturas de los profesores de Castro y Puig Ferriol, sobre la idea de la persona jurídica, cabe destacar que el acogimiento expreso de la teoría de la ficción es habitual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito de la aplicación de la llamada doctrina del «levantamiento del velo de la persona jurídica»<sup>126</sup>, en la que se sostiene reiteradamente que tal mecanismo tiene «el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino de fraude»<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> Cfr. DE CASTRO, *La persona jurídica* cit., pág. 261.

<sup>125</sup> Cfr. PUIG FERRIOL, en PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, tomo I, vol. 1, *Parte general: sujeto y objeto de derecho*, Barcelona, 1979, pág. 648.

<sup>126</sup> Sobre el particular, puede verse la notable monografía de DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia* (4.ª ed.), Madrid, 1997.

<sup>127</sup> En este sentido, literalmente, S. de 4 de marzo de 1988, si bien semejantes referencias a la ficción se contienen en muchas otras resoluciones: pueden verse así, a partir de la de 21 de febrero de 1969, Ss., entre otras muy numerosas, de 28 de mayo de 1984, de 13 y 17 de julio y de 24 de septiembre de 1987, de 21 de enero, de 19 de febrero, de 4 de marzo y de 13 de mayo de 1988, de 2 de abril de 1990, de 6 de junio de 1992, de 12 de febrero de 1993, de 5 de febrero de 1996, etc.

Por su parte, la S. de 21 de junio de 1990 se refiere en la argumentación de su fallo a que «el sustrato de la persona jurídica corporativa no es la realidad asociativa en sentido sociológico a que apelan las tesis realistas, sino la unidad artificial de imputación “válidamente constituida” (cfr. art. 35.1, ap. 2, Cc.), que invocan las tesis ficcionistas e instrumentalistas». La ya antigua STS. de 31 de diciembre de 1930 vino a señalar que en relación a las personas jurídicas no puede establecerse diferencia entre domicilio y residencia, dada, en el caso de las segundas, «su condición incorpórea».

La STC 117/1998, de 2 de junio, negó el derecho a la asistencia jurídica gratuita a una sociedad afectada por una crisis económica para iniciar un proceso concursal sobre la base, entre otras

### 5.3. *La fecundidad doctrinal de la ficción de la continuidad de la personalidad del causante y su actual superación*

Otra ficción sistemática a la que con frecuencia han recurrido y todavía siguen recurriendo los juristas es la de entender que el heredero es continuador de la personalidad del causante. Esta teoría comienza a formularse doctrinalmente en el derecho intermedio, sobre precedentes romanos<sup>128</sup>, mediante afirmaciones como la de la Glosa de que *unam fingi personam testatoris et haeredis*, como la de Azón de que *eadem persona heres et defunctus censeatur* o como la de Rolandino de que *interpretatione iuris una et eadem persona videtur esse haeredis et defuncti*<sup>129</sup>. Esta opinión se desenvuelve y se perfecciona más tarde por obra, sobre todo, de Grocio; es luego aceptada por la generalidad de los pandectistas alemanes y por la mayor parte de la doctrina francesa del pasado siglo; y, en algunos países iberoamericanos y entre nosotros, alcanza una renovada actualidad a raíz de la publicación del Código Civil. Esta última circunstancia no debe sorprender, en cuanto que la ficción en que esta teoría consiste, aunque no fuera explícitamente enunciada por nuestro primer cuerpo legal —como hiciera, en cambio, el art. 547 del Código civil austriaco—, sirve para explicar muchas de las reglas positivas a través de las que la dinámica sucesoria se desenvuelve, algunas de las cuales, a su vez, contienen conocidos supuestos de *fictiones legis*<sup>130</sup>. En este sentido, en efec-

---

razones, de que el art. 119 CE, que establece dicho derecho como instrumental, de configuración legal, no absoluto ni ilimitado, viene únicamente referido a las personas físicas y no a las personas jurídicas, que son una creación del derecho.

El recurso a la figura de la ficción en relación a la persona jurídica ha alcanzado también cierto relieve en cuanto a su posible responsabilidad penal, según el criterio, sostenido a veces desde antiguo, de que dichas personas —inicialmente también conocidas como personas «morales»— *eadem fictione animam habent et delinquere possunt*: sobre estos aspectos, *vid.*, últimamente, FALZEA, *Riflessioni sulla fictio iuris*, en *Le finzioni del diritto* cit., págs. 126 a 134.

<sup>128</sup> En particular, *D.* 28, 2, 11, en que el jurisconsulto Paulo, por relación a Sabino, se refiere a la *continuacionem domini*. Hay que recordar que en Roma el heredero era sucesor en el patrimonio pero también en los *sacra privata*.

Acerca de estas cuestiones, con abundantes referencias normativas, puede verse el estudio de ORTUÑO, *La institución de heredero en el derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos*, Madrid, 1999, págs. 33, 35, 55, 59 y 61.

<sup>129</sup> Tomo estas referencias de la obra de mi maestro LACRUZ, *Derecho de Sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, pág. 37 n.

Otra regla tradicional concomitante, que asimismo entraña una ficción doctrinal, es la de que *hereditas personam defuncti sustinet*, por la que se venía a considerar todavía existente al *de cuius*, al objeto de explicar la producción de ciertos efectos durante el estado de pendencia o incertidumbre, hasta que la herencia fuera adida.

<sup>130</sup> A propósito, por ejemplo, del Código civil argentino de 1871, considera TORRE, *Introducción al derecho* (4.ª ed.), Buenos Aires, 1957, pág. 254, que «casi todo el mecanismo de la sucesión hereditaria, en nuestro derecho, se asienta en la ficción que declara que la persona del difunto se continúa en la del heredero».

Señala, por ejemplo, TERRÉ, *op. et loc. cit.*, que, «para explicar que los herederos asumen las deudas de la sucesión, si aceptan ésta, se ha sugerido tradicionalmente la idea según la cual ellos continúan la persona del difunto, cuando la personalidad jurídica de un ser humano se acaba con su muerte».

to, la ficción de la continuación en el heredero de la personalidad del *de cuius* podría explicar preceptos como los arts. 440, 442, 657, 661, 1003 y 1023 del Código civil o como los arts. 1.1, 4.1, 6, 34 y 35 del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña<sup>131</sup>.

Más modernamente, como es bien sabido, se ha tendido por la inmensa mayoría de los autores a considerar como técnicamente insostenible la teoría de la continuidad en el heredero de la personalidad del causante y se ha recuperado o se ha abierto camino la explicación de la sucesión del heredero en la adquisición, por su parte, de la *universitas* constituida por el conjunto de las posiciones jurídicas de carácter patrimonial que ocupaba hasta su muerte el causante. Lo que ocurre es que esta nueva tesis, que serviría para explicar, entre otros aspectos, la asunción por el heredero de las deudas del causante, la comunidad entre coherederos y las figuras de la *venditio*, del *ususfructus*, de la *usucapio* y, sobre todo, de la *petitio hereditatis*, se asienta, a su vez, en una ficción, pues, como ya observó Nicola Coviello, el concepto de herencia como sucesión en el *universum ius defuncti* se resiente sin duda de lo ficticio y casi de lo metafísico, en cuanto que no se corresponde con la realidad en el caso de que una persona muera sin dejar nada o dejando únicamente deudas<sup>132</sup>. Los mismos juristas romanos no estaban lejos, por lo demás, de entrever esta posibilidad de llegar a ser una cierta representación ficticia la *universitas* hereditaria cuando expresaban que *hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet* (D. 5, 3, 1, 50 pr.).

Por todo ello, no obstante haber rendido servicios sin duda apreciables y haberse manifestado en cierto momento como indispensables, tanto la teoría de la continuidad en el heredero de la personalidad del causante como la teoría de la *universitas* han mostrado, como ocurre con todas las ficciones doctrinales, su in-

---

De la trascendencia que la doctrina ha solido dar a esta ficción es muy expresiva la voz sobre ficción contenida en el *Lexique de termes juridiques* (dirigido por R. Guillien y J. Vicent), París, 1981, pág. 201, que se refiere expresamente al servicio que la misma ha prestado, en varios aspectos, a la formulación del derecho.

<sup>131</sup> La ficción considerada fue aprovechada por algún autor para justificar la regla *nemo pro parte*: así CAGNOLUS, *In titulum Digestis De Regulis, omnis iurisperitis utilisima*, Venetiis, 1608, fol. 20-22, n. 4, indicaba que *iura pro inconvenienti habet personam testatoris pro parte repraesentare, quae ratio et si sufficiat in causa testati, non tamen sufficit in causa intestati: quia si pro parte adiretur ex testamento, pro parte ab intestato, repraesentaret defunctum in totum, quod tamen non admittit nisi diceret quae repraesentaret sub contraria qualitate tanquam testatus et intestatus quod absurdum est*. Véase sobre estos aspectos la contribución de BOSCH CAPDEVILA, *La trajectòria històrica del principi «nemo pro parte» en el dret civil català*, en *Revista de dret històric català*, volum 1, 2001, págs. 13 ss., esp. págs. 16 s.

En este punto, véanse también las indicaciones de MARÇAL, *El testament*, Barcelona, 2000, pág. 34, que cita al respecto al jurista Curtius que en una obra publicada algún tiempo antes que la de Cagnolus, en 1534, se refería a la indivisibilidad del *ius habendi heredem*, señalando que *et ratio rationis est: quia successio est repraesentatio unius substantiae personae defuncti quae non potest escindi in oposita existente unico subiecto tam in rapraesentatione quam in repraesentata. Cum sit impossibile quod pro parte fiat repraesentatio et pro parte non secundum iuris subtilitatem*.

<sup>132</sup> Cfr. COVIELLO, N., *Delle successioni. Parte generale* (4 ed.), Napoli, 1935, págs. 4 s.

trínseca provisionalidad<sup>133</sup> y suelen sustituirse ahora por la de calificar la condición de heredero como cualidad personal —desenvuelta particularmente por mi maestro Lacruz<sup>134</sup>— o como la del llamado objetivamente a suceder a título universal<sup>135</sup>.

#### 5.4. *La ficción kelseniana de la norma fundamental*

La idea de la existencia presupuesta de una norma última, suprema e inmutable que, sosteniendo todo el sistema legal, deba su validez no a un acto humano sino a una necesidad conceptual, se remonta a Walter Jellinek, hijo del más famoso Georg Jellinek, conocido por sus contribuciones a la teoría de los derechos públicos subjetivos, que en 1913 dio a la imprenta un libro sobre los aspectos generales de la legislación y sobre la utilidad del derecho positivo. Estas mismas apreciaciones aparecen un año después en una exposición de Hans Kelsen, sobre la legislación alemana en relación a la formulación del derecho austriaco<sup>136</sup>, en la cual se propone una concepción sobre la conformación del sistema positivo y en relación a las normas jurídicas particulares y su respectiva conexión, explicando que «el punto de partida debe ser necesariamente una especie de norma suprema presupuesta, es decir, presupuesta como siendo válida»<sup>137</sup>, advirtiendo, sin embargo, ulteriormente, que dicha exigencia «no es, en principio, una cuestión jurídica, sino más bien una cuestión política, por lo que puede parecer arbitraria desde el punto de vista del conocimiento jurídico».

Esta posición del gran jurista alemán viene a formularse de manera al parecer definitiva, bajo la influencia de las doctrinas kantianas y neokantianas, en su conocida obra sobre la teoría pura del derecho publicada en 1920<sup>138</sup>, en la que dicha norma suprema o fundante —*Grundnorm*— viene a considerarse como una norma hipotética. Sin embargo, a partir de 1963, Kelsen se aparta en un aspecto básico de sus reflexiones anteriores y viene a entender, ya de modo definitivo, que la norma suprema en que se asienta el entero ordenamiento no es sino una ficción.

---

<sup>133</sup> Sobre la provisionalidad propia de las ficciones sistemáticas o doctrinales ante el progreso científico, vid. PUGLIATTI, s.v. «*Conoscenza*» cit., págs. 89 s.

<sup>134</sup> Cfr. LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general* cit., págs. 45 ss. y en su obras generales posteriores.

<sup>135</sup> Pudiendo ser la colación de las donaciones por aportación *in natura* o por imputación (art. 1045 Cc.), que se resuelve en unas valoraciones y cálculos aritméticos, tomando el donatario de menos cuanto ya haya recibido (art. 1047 Cc.), la doctrina suele explicar la segunda recurriendo a la idea de la «reunión ficticia» de lo donado y sus frutos e intereses con la parte del caudal relicto destinado a los legitimarios para determinar, sobre esta base, la cuantía de la legítima: vid., por todos, sobre esta argumentación doctrinal, LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS *Elementos* cit., V, Madrid, 2001, pág. 145.

<sup>136</sup> Cfr. KELSEN, *Reichsgesetz und Landesgesetz nach ÖsterreicherVerfassung*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1914, n.º 32, págs. 202 a 245 y 390 a 438.

<sup>137</sup> Aprovecho aquí los datos que suministra PAULSON, *Hans Kelsen et les fictions juridiques*, en *Droits*, n.º 21, cit., págs. 76 ss.

<sup>138</sup> Hay traducción española de la 2.ª ed. alemana: KELSEN, *Teoría pura del derecho* (5.ª ed.), México, 1986.

Renunciando a su anterior idea de que la *Grundnorm* es una norma supuesta y entendiendo que se hace necesario que un deber sea el «correlato de un querer», viene a afirmar que «una norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto de voluntad ficticio que establece esta norma. Es la ficción de que debe ser lo que una autoridad quiere», para concluir que «lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de una voluntad que en realidad no existe»<sup>139</sup>.

### 5.5. Otras ficciones doctrinales

A las ficciones estrictamente doctrinales pueden equipararse, de manera seguramente no arbitraria, las ficciones que, por referencia al derecho romano, suelen conocerse como ficciones jurisprudenciales. Decimos que tal equiparación no es injustificada porque, aunque la jurisprudencia romana no se produjo nunca, en su constante y a veces inconsciente labor constructora, con planteamientos dogmáticos o sistemáticos, sus formulaciones, a pesar de tener una carácter esencialmente histórico y marcadamente tópico, influyeron fuertemente en el razonamiento jurídico<sup>140</sup>.

De entre tales llamadas ficciones jurisprudenciales<sup>141</sup>, en las que el progreso del ordenamiento se logra mediante la dialéctica de la *fictio* vivificada por la *aequitas*, tres de ellas merecen ser aquí recordadas especialmente, en cuanto que las mismas han trascendido directamente al derecho vigente, como son la llamada ficción *conceptus pro iam nato habetur*, la llamada ficción *conditio pro impleta habetur* y la llamada ficción *pro non escripto habetur*, en que encuentran inspiración, respectivamente, el art. 29 del Código civil, los arts. 796.2 y 1119 del mismo Código y el art. 157.3 del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña y los arts. 792, 793 y 1116.2 del Código civil español y los arts. 157, 158 y 159 del Código catalán de sucesiones<sup>142</sup>. Sobre alguno de estos preceptos volveremos posteriormente<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> Tales palabras, dictadas en una mesa redonda, se recogen en SCHMILL, *La pureza del método en la teoría kelseniana*, en el libro, preparado por Vernengo, *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, México, 1984, pág. 36.

Una exposición, sucinta pero eficaz, del pensamiento de Kelsen y su evolución, así como sus posibles influencias, puede verse en CORREAS, *Teoría del derecho*, Barcelona, 1995, págs. 80 a 108.

<sup>140</sup> Sobre las ficciones jurisprudenciales romanas, con carácter general, vid. TODESCAN, *Diritto e realtà* cit., págs. 54 a 69.

<sup>141</sup> No las consideran propiamente ficciones y las califican de supuestas ficciones GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en el derecho romano* cit., págs. 22 ss. y BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, Cedam, 1997, págs. 422 a 480.

<sup>142</sup> También podría hacerse mención de la llamada «ficción codicilar», mediante la cual se permite integrar o completar el testamento sin romper con el principio de «unidad de acto», a la que se refieren D. 27, 7, 2; D. 29, 7, 14 y *Gai Inst.*, 2, 180. Reflejo de la misma se encuentra actualmente en el art. 122 (adición o complemento del testamento mediante el codicilo) del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña.

<sup>143</sup> Un caso del todo distinto al de las ficciones sistemáticas es el que se refiere a la utilización por parte de los juristas del concepto de ficción como mero recurso instrumental y contingente de su argumentación. Un ejemplo sencillo será suficiente para explicar el supuesto a que ahora se



En relación a estas ficciones a que ahora nos referimos podrían también recordarse, en contraposición en cierto modo a las *pro non escriptis*<sup>144</sup>, la interesante ficción *plus nuncupatum minus escriptum* —según algunos imaginada por Celso a propósito de D. 28, 5, 9, 2— o la ficción, recogida en Gayo 2, 124, en la cual acaso podría verse un antecedente del art. 367.2 del Código catalán de sucesiones<sup>145</sup>, que considera a los preteridos como instituidos en la parte correspondiente y los añade a los herederos designados en el testamento.

### 5.6. Referencia a las entidades ficticias

Como ya se ha sugerido anteriormente, propenden algunos modernamente<sup>146</sup> a referir también el concepto técnico de ficción a ciertas entidades ficticias —o pretendidamente tales— que los juristas solemos aprovechar en la elaboración de nuestra propia ciencia. Este recurso doctrinal a las entidades ficticias es particularmente frecuente en relación al llamado derecho político o constitucional, como es el caso de la ficción de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley<sup>147</sup>, y al derecho internacional, en el cual puede recordarse el ficticio principio, recogido en el art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas, de la igualdad soberana de todos los Estados<sup>148</sup>.

A propósito de las mismas habla entre nosotros Rafael Hernández Marín<sup>149</sup> del derecho natural, de los principios jurídicos o de los principios generales del

---

hace referencia: nuestro Antoni Oliba, que citaremos otras veces, para resaltar cómo alcanzaba la compensación el valor extintivo de la obligación y satisfactorio de los intereses del acreedor, se explicaba diciendo que *compensatio non est omnino ficta solutio, sicut acceptilatio*: cfr. OLIBANUS, Ant., *Commentariorum de actionibus*, vol. I, Barcelona, 1606 (ed. 1998, con estudio preliminar de Maluquer de Motes y Bernet y Vaquer Aloy), pág. 321.

Por lo demás, el uso de argumentos ficticios o fingidos ha sido muy habitual para justificar ciertas soluciones normativas discriminatorias: pueden recordarse, a estos efectos, justificaciones como las basadas en la *imbecillitas* o *infirmitas sexu*, en la raza inferior o en el nacimiento. En Italia, al menos en Roma, es aún muy corriente referirse a una persona como «nato» para indicar que pertenece a la clase socialmente alta.

<sup>144</sup> Como las que abundantemente señala Gayo, a partir de *Gai Institutiones* 2, 229, en referencia a ciertos legados.

<sup>145</sup> Véanse, sobre estas ficciones, las indicaciones que se hacen en la excelente monografía de PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, Madrid, 2001, págs. 72 ss., 144 ss. y 256 ss.

<sup>146</sup> Antecedentes de estas posiciones pueden encontrarse, desde luego, en el inglés Bentham y, posteriormente, en los juristas realistas norteamericanos y escandinavos. Para Bentham, que, no obstante rechazar las ficciones propiamente dichas, sobre todo las doctrinales, consideraba imprescindible el recurso a las *fictitious entities*, debía distinguirse entre dos tipos de entidades jurídicas ficticias, unas que debían ser completamente eliminadas del discurso jurídico (como el derecho natural, la justicia natural o la equidad) y otras cuya eliminación, igualmente necesaria, debería proceder mediante perífrasis (como los derechos, las obligaciones o las competencias): sobre estos aspectos, además del volumen J. BENTHAM, *Teoria delle finzioni*, Napoli, 2000, véanse las contribuciones de Hernández Marín y Moreso Mateos citadas seguidamente.

<sup>147</sup> Suelen considerarse también entidades ficticias conceptos tales como los de pueblo, pueblo soberano, o representación popular.

<sup>148</sup> Cfr. CHEMILLIER-GENDREAU, *Introduction general au droit*, Paris, 1990, pág. 133.

<sup>149</sup> Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, *Ficciones jurídicas*, en *Doxa (Cuadernos de filosofía del derecho)*, 3 (1986), págs. 141 ss., esp. págs. 144 a 147.

derecho, del derecho consuetudinario, del *common law*, de los derechos subjetivos, de las obligaciones<sup>150</sup> y de los deberes, de la voluntad o de la intención del legislador<sup>151</sup> o de la función de la norma y, entre los autores italianos, Ricardo Guastini<sup>152</sup> del estado, de la sociedad anónima o también de las personas jurídicas en general<sup>153</sup>. El concepto de ficción se ha querido también aplicar al postulado de la completud del ordenamiento jurídico —tan apetecido por ciertos Códigos civiles, como el italiano de 1865 o como el nuestro<sup>154</sup>—, a propósito de cuya característica, que Gény incluía entre las que llamaba «ficciones interpretativas», se estableció una sostenida polémica, en Francia y en Italia, entre quienes seguían sus enseñanzas de dar un cierto protagonismo al juez<sup>155</sup> y los que defendían posiciones más estrictamente positivistas.

Lo que ocurre es que extender el significado propio de la ficción a lo que no son propiamente sino conceptos que, desde luego, como tales, se resienten de la idealidad, pero no se enfrentan a la realidad ni necesariamente la falsean, entraña el riesgo —aparte del evidente equívoco— de poder llegar a entender, como ya hiciera algún entusiasta de la idea filosófica de que las ficciones no eran sino expresiones del modo de pensar y de organizar el conocimiento práctico de la realidad, que todo el derecho no está constituido más que por ficciones<sup>156</sup>.

### 5.7. Consideraciones conclusivas

En la actualidad, el empleo de las ficciones en la sistematización del derecho está en indudable decadencia, como ponen de relieve no pocos autores<sup>157</sup>. Ello no obstante, la ficción no deja de ejercer su sugestión a la hora de explicarse la doc-

---

<sup>150</sup> Cfr., a este respecto y en relación a la obra de Bentham, MORESO MATEOS, *Las ficciones en Jeremy Bentham*, en *Doxa*, 3 (1986), págs. 129 ss.

<sup>151</sup> Cfr., a este respecto, CALVO GARCÍA, *La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica*, en *Doxa*, 3 (1986), págs. 113 ss.

<sup>152</sup> Cfr., GUASTINI, s.v. «Finzione giuridica (nella teoria generale)», en *Digesto IV*, vol. VIII, Torino, 1992, pág. 355.

<sup>153</sup> Sobre este punto, vid. AARNIO, *Persona jurídica, ¿una ficción?*, en *Doxa*, 3 (1986), págs. 85 ss.

<sup>154</sup> Cfr., arts. 1.7 y 4.1 Cc.

<sup>155</sup> Así, en Italia, BIGIARI, *Appunti sul diritto giudiziario* (1933 y ahora reimpressa), Padova, 1989, pág. 54, en donde habla expresamente de que «se finge que el ordenamiento jurídico sea, también para esta hipótesis, completo». Sobre la indicada polémica pueden verse, para el derecho italiano, las indicaciones de Palazzo, en PALAZZO-FERRANTI, *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002, pág. 105.

<sup>156</sup> Me refiero a Stauch, admirado seguidor de la obra de Vaihinger, sobre cuya posición, cfr. GAMBARO, s. v. «Finzione giuridica nel diritto positivo» cit., pág. 353. Cabe recordar al respecto que la filosofía del *als-ob* o «como si», de la que Vaihinger —a cuya obra se hará más precisa referencia *infra*— es exponente egregio, se ocupaba, «más que de las ficciones en el derecho, del derecho como ficción»: Cfr. RESCIGNO, *Sulle finzioni nel diritto privato: memorie e idee da riordinare*, en *Le finzioni del diritto* cit., pág. 220.

<sup>157</sup> Vid., en este sentido, GAMBARO, s. v. «Finzione giuridica nel diritto positivo» cit., págs. 348 ss. «Ocurre —dice este autor— que la técnica de la ficción sistemática aparece completamente fuera de lugar en sistemas que sean esencialmente cognoscitivos y explicativos, en cuanto que, respecto de tales ficciones del sistema, se exige adhesión a las técnicas de la moderna científicidad, que representan exactamente lo contrario de las ficciones en el sentido antes considerado».



trina conceptos difícilmente comprensibles en cuanto tales, como son los de cuasi-contrato o cuasi-delito o como, más modernamente, las llamadas relaciones contractuales de hecho; o bien cuando se reclama la nomenclatura de la *ficta voluntas* para explicar aquellos casos en que, aun faltando eventualmente una verdadera voluntad negocial —error obstativo, acto concluyente no basado en la realidad, etc.—, se considera que deben producirse, por razones de tutela de la confianza o de autoresponsabilidad, los efectos negociales<sup>158</sup>.

## 6. Las ficciones judiciales

### 6.1. Las ficciones judiciales y sus posibles funciones

En el curso de la historia, la evolución del derecho se ha verificado frecuentemente en función de la desentovadura con que, en el ámbito del proceso, han sido admitidas las ficciones —ya sea por razones de equidad, para ajustar las nuevas situaciones a una estructura conceptual preexistente o para remediar un inconveniente procesal—, habiendo sido paladines de la renovación del ordenamiento por esta vía tanto los pretores romanos como los magistrados ingleses.

Por su parte, tampoco en los países continentales de *civil law* es infrecuente el recurso de los tribunales a la ficción, hasta el punto de que entre nosotros, como vamos a ver, algunas de las ficciones legales han tenido antes una configuración judicial como inmediato precedente, otras ficciones han sido empleadas por los jueces como recurso argumental de justificación del sentido aplicativo de las normas o bien, finalmente, se ha aprovechado por los jueces la referencia, acaso arbitraria, a ciertas ficciones como mecanismo instrumental de la *ratio* de su decisión<sup>159</sup>.

### 6.2. Las ficciones judiciales en el derecho romano

En el proceso romano, las ficciones judiciales se presentan, según ha señalado con precisión Manuel García Garrido, «como un medio técnico jurídico al que recurre el pretor, para obviar un obstáculo o incumplimiento que se oponga a la concesión de una acción». Con independencia de que la ficción ya mostrase su utilidad en la evolución del derecho romano en la adaptación llevada a cabo por el pretor de las antiguas *legis actiones* al ulterior procedimiento formulario, en este también se recurre por dicho magistrado a numerosas *formulae ficticiae* con-

---

<sup>158</sup> Sobre estos puntos, vid. PUGLIATTI, s. v. «Finzione», en *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, págs. 666 s. y 668 ss.

<sup>159</sup> Sobre las ficciones judiciales en general, es de señalado interés la contribución de CHIASSONI, *Finzioni giudiziali: progetto di voce per un vademecum giuridico*, en *Le finzioni del diritto* cit., págs. 59 a 87.

Del valor que en la argumentación judicial pueden llegar a tener las ficciones es significativa la frase, expresiva de un recurso para una buena elaboración de las sentencias, de que *fictio est adornatio*.

cedidas por éste, como recuerda el autor ahora citado, «en su función de adaptación y tutela de las nuevas realidades jurídicas»<sup>160</sup>.

Los supuestos de ficciones operadas sistemáticamente, con las indicadas finalidades equitativa y renovadora, por el pretor romano son muy numerosas y para muchos juristas no dejan de ser familiares las ficciones pretorias en materias tales como la *bonorum possessio*<sup>161</sup>, la *emptio bonorum*, la *actio Publiciana*, la ciudadanía a los efectos de la legitimación activa y pasiva de los *peregrini* para el ejercicio de la *actio furti* o de la *actio ex lege Aquilia*, reservadas a los *cives*, o la *capitis deminutio* por la que se entiende, en el caso concreto, que tal modificación de capacidad no ha tenido lugar, para no lesionar derechos de terceros acreedores, en relación a quien por estar afectado por ella, dejaría de estar obligado. De todas ellas, que van creando, al lado del sistema rígido y progresivamente anquilosado del derecho civil, un fecundo derecho pretorio —*ius*, como bien observó Papiniano (D. 1, 1, 7), *quod praetores introduxerunt adiuvandi suplendi vel corrigendi iuris gratia*—, vale la pena que dediquemos algunos momentos a la fórmula ficticia que daba lugar a la acción publiciana, en razón de que, como se sabe, la supervivencia de ésta en nuestro ordenamiento vigente ha sido defendida con buenos argumentos por De la Cuesta<sup>162</sup>.

Dicha acción se concedía por el pretor a quien, privado por más de un año de la posesión de una cosa que le había sido entregada en virtud de una justa causa, no la podía reivindicar por no haber transcurrido todavía el tiempo necesario para usucapirla y no poder alegar, en consecuencia, que su propiedad le pertenecía. La solución pretoria consistía en que, según explicaba Gayo en sus *Institutiones*, 4, 36, *usucapio fingitur in ea actione quae Publicianae vocatur*, de manera que —*fingitur rem usucapisse*— el despojado de la cosa que poseyó podía reclamarla *quasi ex iure Quiritium dominus factus intendit*. Señala García Garrido que «Gayo resalta con el uso del *quasi* que el efecto de la ficción pretoria es, en definitiva, equiparar el propietario bonitario al propietario quiritario y no olvida recordar, a este propósito, que la *actio Publiciana* fue modelada sobre la acción reivindicatoria»<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Cfr. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano cit.*, págs. 305 ss., esp. 316.

Sobre las acciones ficticias es fundamental la monografía de VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1976, encontrándose una buena exposición breve sobre ellas en el completo y prestigioso manual —con influencias del gran romanista español Alvaro D'Ors— de GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, I, Santiago de Chile, 1996, págs. 165 a 167. Se señala también la contribución de JUSTO, *A fictio iuris no deretto romano*, en *Boletim da Faculdade de Dereito*, Coimbra, suplemento al vol. XXXII, 1998, cuyo origen está en una tesis doctoral relativa a la *actio ficticia* en la época clásica.

<sup>161</sup> Por la que al *bonorum possessor* se le fingía, por las acciones que podía utilizar, *heres: ficto se herede agit*, expresaba Gayo, *Institutiones*, IV, 34.

<sup>162</sup> Cfr. DE LA CUESTA, *La acción publiciana*, Madrid, 1984.

<sup>163</sup> Cfr. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano cit.*, págs. 318 s. Trae a colación a este propósito la explicación de Paulo (D. 44, 7, 35, pr.): *item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur*.

En nuestra jurisprudencia, como se sabe, tampoco faltan resoluciones que, como la sentencia de 21 de febrero de 1941, de gran calidad y con ponencia de Castán Tobeñas, presentan la acción publiciana como una faceta de la reivindicatoria, mientras que otras, como la sentencia de 7 de octubre de 1982, de no menor calidad y ponencia de Beltrán de Heredia y Castaño, parten formalmente de esta idea pero la tratan como acción independiente y autónoma, y otras, en fin, como las sentencias de 26 de octubre de 1931, de 20 de febrero de 1962 y de 12 de mayo de 1992, que la admiten como acción específica.

### 6.3. *Las ficciones judiciales en el derecho inglés*

En la evolución del *common law* también las ficciones judiciales —en general menos refinadas que en el derecho romano— han sido muy frecuentes y gracias a ellas ha podido desarrollarse el ordenamiento inglés adaptándose a las necesidades de los tiempos, a pesar de que inicialmente conocía un escaso número de *writs* exigibles ante los Tribunales.

A través de una ficción se introdujeron, por ejemplo, la reivindicación mobiliaria y el instituto del *trust*, de modo que éste, llamado a ser importantísimo en la organización de la actividad económica moderna, ha recibido un impulso decisivo, según recuerda Gambaro, «cuando los Cancilleres han comenzado a aceptar la ficción de que quien se había apropiado de los bienes del *trust* había obrado con la buena intención de convertirse en *trustee* en interés ajeno (*constructive trust*), cuando era evidente que todo lo que éste había intentado hacer era poner a salvo el botín»<sup>164</sup>. En el mismo sentido, cabe recordar también que el recurso judicial a la ficción contribuyó eficazmente a la configuración progresiva del derecho de daños o *torts*.

En el sistema jurídico inglés, de carácter fundamentalmente jurisprudencial, no sería difícil encontrar otros muchos ejemplos de ficciones judiciales. Así, en un ejemplo sobre cuestiones de competencia que mucho nos recuerda la consideración de algunas poblaciones catalanas como «carrers» de Barcelona, los tribunales ingleses llegaron a declarar que la isla de Menorca formaba parte de la ciudad de Londres<sup>165</sup> o bien sus jueces penales evaluaban ficticiamente las cosas robadas, de manera invariable, en la cantidad de veinte chelines, al objeto de no condenar a la pena capital al ladrón de cosas de un valor real superior<sup>166</sup>. Puede también recordarse el curioso caso contemplado, en 1919, en la sentencia del asunto *Balfour v. Balfour*, en el que

---

En relación a las *formulae ficticiae* en general, puede verse el amplio tratamiento que les dedica BIANCHI, *Fictio iuris* cit., págs. 259 a 346.

<sup>164</sup> Cfr. GAMBARO, s. v. «Finzione giuridica nel diritto positivo» cit., pág. 345.

<sup>165</sup> Así lo refiere GRAY, *Nature and sources of the law*, London, 1909, pág. 34. El «caso Menorca» es ampliamente estudiado, desde diversos puntos de vista por CHIASSONI, *Finzioni giudiziali: progetto di voce per un vademecum giuridico*, en *Le finzioni del diritto* cit., págs. 59 ss., esp. págs. 62 a 69.

<sup>166</sup> Así lo señala CHIASSONI, op. cit., n. anterior, pág. 60.

se trataba de la validez de un convenio, celebrado entre marido y mujer, en el que estos acordaban prestaciones que no estaban comprendidas en los deberes que la ley impone a los cónyuges. Aunque el contrato no carecía de *consideration* ni se probó la falta de intención de obligarse de los esposos, el contrato se consideró nulo sobre la base ficticia de no haber intervenido la *intention*, bajo la especiosa argumentación de que «no sería oportuno reconocer que acuerdos de este tipo hicieran surgir obligaciones de las que las partes pudieran valerse en juicio», añadiendo, además, con expresiones a las que los juristas continentales estamos poco acostumbrados, que, si estos acuerdos fueran válidos, el número de los jueces se debería centuplicar<sup>167</sup>.

La misma regla jurisprudencial de que los tribunales superiores pueden separarse en sus fallos de la aplicación hecha por los inferiores de los precedentes —el llamado *overruling*— se basa en la ficción, justificada en razones de oportunidad y de conveniencia y ya sugerida por Blackstone, de que los tribunales no crean derecho, sino que se limitan a enunciarlo, de modo que cuando el tribunal superior reforma la decisión del inferior éste se equivocó en la enunciación<sup>168 169</sup>.

---

<sup>167</sup> Cfr. DELL'AQUILA, *El contrato en derecho inglés (Aspectos de derecho comparado)*, t. I, Barcelona, P.P.U., 2001, págs. 93 s.

<sup>168</sup> Cfr. DELL'AQUILA, *Introducción al derecho inglés*, Valladolid, 1992, págs. 96 s. Para otros ejemplos de la ficción en derecho inglés, *vid.* ALPA, *Le finzioni giuridiche*, en *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, en *Trattato di diritto civile* (diretto da Sacco), 2, Torino, 1999, pág. 344.

<sup>169</sup> De todas formas, los dos casos más famosos de ficciones judiciales en el derecho inglés entrañan propiamente ficciones procesales. Se refiere uno de ellos al más bien brutal llamado «bill of Middlesex». En Inglaterra regía la regla, justificada en razones de economía procesal, de que, estando una persona siendo enjuiciada por un tribunal, podía ser demandado ante el mismo en ejercicio de cualquier otra acción. Se presentaba entonces una acusación contra un presunto delincuente por un hecho cometido en el condado de Middlesex, en el que se encuentra Westminster Hall, sede de la King's Bench, en base a la cual se emanaba una orden de arresto. Como obviamente el sheriff de Middlesex no conseguía detener al presunto delincuente si no vivía allí, el denunciante hacía saber al Tribunal que éste se encontraba en rebeldía, indicando su verdadero domicilio, de modo que conseguía que fuera conducido a Middlesex, por lo que ya estaba sujeto a la King's Bench y entonces ante este mismo tribunal real se entablaba cómodamente contra la misma persona la acción que verdaderamente interesaba cual era la recuperación de un préstamo, esto es, un *writ of debt*, dejando luego decaer, mientras también se sustanciaba, la acusación penal.

El otro caso, más bien procesalmente tortuoso, se refiere a la figura de *ejectment*. El titular de un derecho real sobre la tierra tenía originariamente una protección mayor que los meros arrendatarios temporales, que no gozaban de acciones recuperatorias salvo en el caso de que el titular del derecho real los hubiese expulsado antes de tiempo del inmueble. Para obtener protección frente al despojo de cualquier persona, los arrendatarios lograron luego de los jueces estar protegidos por el *ejectment*, que comportaba para el actor un proceso ágil y sin duda más favorable del que inicialmente protegía a los detentadores del derecho real sobre la finca, que, por su parte, en base a su derecho, no podían beneficiarse procesalmente de dicho *ejectment*. Este desequilibrio de protecciones procesales se resolvió mediante la ficción de presentarse el actor como arrendador de la tierra sobre la que aseguraba tener un derecho real a un campesino imaginario, cuyo arrendatario decía, a su vez, que había sido lanzado del terreno de manera violenta por otra tercera persona, también imaginaria, que, sin embargo, proclamaba que había actuado en calidad de arrendatario, habiendo obtenido la finca del titular de la misma. Llegados a este punto, el actor fingía que su inicial arrendatario se había rebelado contra él, por lo que solicitaba del poseedor actual que se presentase en el juicio para defender su título arrendaticio, protegido por el *ejectment* y del que dependía la legitimidad de la acción iniciada contra un tercero por el imaginario concedente de la tierra.

#### 6.4. *La configuración jurisprudencial de la ficción legal del delito continuado*

Como es fácil de observar, las llamadas ficciones judiciales, calificadas a veces de operativas en el sentido de que mediante ellas se procede, de una manera velada y por concretos intereses prácticos a alterar una regla jurídica a la que aparentemente se deja intacta<sup>170</sup>, suponen con frecuencia un útil mecanismo de evolución del ordenamiento jurídico o, al menos, de buscar a través suyo, sobre la base de razones más o menos plausibles o rechazables, explicación o solución a determinados problemas que proporciona la experiencia<sup>171</sup>.

Así ocurrió, en el primero de los aspectos señalados, en el supuesto criminal calificado de delito continuado, en el que se da lugar a una figura jurídica específica —la continuación entre actividades delictivas individualizadas— que entraña una ficción jurídica, de creación originariamente jurisprudencial<sup>172</sup>, inspirada sobre todo en el *favor rei*<sup>173</sup>, mediante la cual varios delitos concurrentes cometidos por

---

<sup>170</sup> Cfr. GUASTINI, s. v. «Finzioni» cit. pág. 342.

<sup>171</sup> Así, por ejemplo, la jurisprudencia recurre en alguna ocasión al mecanismo técnico de la ficción para hacer valer la idea de que una cláusula contractual *vitiatur sed non vitiat*. En este sentido, la STS. de 27 de mayo de 2002 se orienta por «tener por no puesta» una expresión contenida en un contrato constitutivo de hipoteca de máximo, contraria a las exigencias del principio de especialidad, que indicaba las obligaciones aseguradas, anteponiendo a su enumeración, en fórmula abierta, la frase «y que con carácter enunciativo y sin limitaciones se relacionan». La sala consideró que tal inciso era «obviamente ilegal», pero que no repercutía en la totalidad de la cláusula para el efecto de la nulidad de la hipoteca, y declaró que, como, mediante la interpretación sistemática de los distintos pactos del contrato, quedaban perfectamente delimitadas las operaciones de las que podían derivar las obligaciones garantizadas por la hipoteca, «basta tener por no puesta, por su improcedencia, la frase de que se trata».

BESSONE, *La finzione delle presupposizioni «comuni ad entranbi i contraenti» e gli obiter dicta della giurisprudenza*, en *Rivista di diritto commerciale*, 1978, fasc. 11-12, I, págs. 355 a 360, señala que, a propósito de la aplicación del art. 1467 Cc. it. sobre resolución del contrato en caso de imprevisibilidad del evento que determina la excesiva onerosidad de una de las prestaciones, que a veces la jurisprudencia tiende a considerar que existen presuposiciones comunes a los contratantes, lo que es una ficción jurídica, por cuanto que son antagónicos los intereses que cada parte quiere realizar en el contrato.

<sup>172</sup> La figura del delito continuado fue acogida inicialmente por la jurisprudencia sin cobertura legal (STS. 10 de febrero de 1960, 18 de octubre de 1974, 24 de marzo de 1978, etc.) y en flagrante vulneración, según algunos, del principio penal de legalidad, explicándola la doctrina como una ficción o también, alternativamente, como un supuesto de mera consideración de la realidad.

Acogida esta categoría, por algunos muy criticada, en la reforma del Cp. de 1983, ha pasado al vigente de 1995, consolidándose como figura legal. Sorprende ciertamente, a este respecto, la doctrina sostenida en la STS. (Sala Segunda) de 2 de febrero de 1988, según la cual «a estas alturas de la evolución legal y jurisprudencial, el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver en beneficio del reo los problemas que plantea el concurso de delitos, sino una verdadera «realidad jurídica» que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva». Parece desconocer aquí el TS no sólo los caracteres propios de la ficción, a través de la que precisamente se «construye el proceso unitario sobre la pluralidad de acciones», sino, sobre todo, que toda ficción legal constituye una «realidad jurídica».

<sup>173</sup> Aunque la razón histórica fundamental de esta ficción se encuentra en el hecho de que, dándose en la realidad varios hurtos, los tribunales venían a entender que solamente había tenido lugar un único delito, con el fin de evitar las graves penas que en el derecho antiguo había que imponer a los autores del tercer hurto, también influyeron otras razones de carácter procesal —dificultades probatorias, sobre todo— en su configuración judicial: cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1996, pág. 486.

una misma persona vienen a considerarse como uno solo con la finalidad de atenuar el rigor que supondría, independientemente de la eventual trascendencia de la reincidencia, la acumulación material de las penas que por cada uno de ellos le corresponderían<sup>174</sup>. Esta figura, presentada conceptualmente a través de esta descripción tan elemental, fue incorporada positivamente a nuestro ordenamiento en el Código penal de 1973, a través de su reforma de 1983, y a ella se refiere el art. 74 del Código penal vigente de 1995, cuyo apartado 1 establece que, «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior —relativo a la acumulación material de penas—, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior».

A propósito de esta categoría jurídico-penal y por lo que a los fines de este pequeño estudio interesan, más que abundar en sus aspectos estructurales subjetivos y objetivos<sup>175</sup>, se examinará —en el terreno de los principios— el aspecto

---

<sup>174</sup> Sobre esta categoría jurídico-penal, se recuerdan las contribuciones específicas de CARMARGO, *El delito continuado*, Barcelona, 1951, y CASTIÑEIRA, *El delito continuado*, Barcelona, 1977.

<sup>175</sup> En relación a los aspectos estructurales subjetivos, cabe señalar, en todo caso, que la continuidad entre delitos es una figura penal que únicamente puede alcanzar a conductas criminosas activas u omisivas referibles, desde el punto de vista de su imputación, a una misma persona o a un mismo grupo de personas, de manera que la identidad del diseño criminoso en que la figura se funda presupone también necesaria e inderogablemente, en el caso de ser varios los que cometen el delito, la identidad de los participantes en la ideación inicial del programa-base de los diversos actos criminales y en la realización de las distintas conductas criminosas. Ello sugiere una consideración sobre cuestiones que, desgraciadamente, están entre nosotros de actualidad y que suscita la casual información obtenida de una publicación periódica italiana: me refiero a la sentencia de la casación penal de aquel país que excluye la posibilidad de tener presente la *fictio iuris* en que consiste el delito continuado en el caso de delitos cometidos por individuos participantes en bandas armadas que operan en diversas localidades, porque «los participantes no son nunca los mismos, sino que varían de número y de identidad», «precisamente para dar lugar —en Italia no existe nuestra Audiencia Nacional— a desplazamientos de competencia territorial»: cfr. sentencia de 5 de marzo de 1984, en *Giurisprudenza italiana*, 1986, II, 51.

En cuanto a los aspectos estructurales objetivos del delito continuado, cabría tener en cuenta, de una parte, los delitos objeto de la continuidad y, de otra, las penas que a los mismos convienen. El primer aspecto da lugar a una interesante discusión doctrinal, de modo que, mientras para algunos autores el presupuesto de la pluralidad de acciones u omisiones castigadas por una misma disposición penal es imprescindible para que pueda hablarse de delito continuado, para otros, en cambio, lo que propiamente caracteriza a éste es la unicidad del diseño criminoso, de manera que es suficiente para que también pueda darse dicha figura el supuesto de la violación de diversas disposiciones legales a través de una o de varias acciones u omisiones, siempre que en las actuaciones llevadas a cabo se observe su enlace a través de la indicada unicidad del diseño o plan criminoso: *vid.*, sobre estas cuestiones, CAPUTO, *Pluralità di azioni e natura della pena nel reato continuato*, en *Foro napoletano*, 1980, fasc. 1-2, parte 3, págs. 41 ss. La segunda postura doctrinal sobre la estructura objetiva del delito continuado da, sin duda, a la *fictio iuris* que lo caracteriza un alcance más amplio, ha sido acogida por la jurisprudencia de algunos países europeos y no parece que se contradiga con el dictado del art. 74.1 Cpen. En lo que se refiere a las penas, es de señalar, como fácilmente resulta del texto del precepto citado y es doctrina común también fuera de España, que,



funcional de la figura, que se compadece, según veremos, con los caracteres y límites de la *fictio iuris*, consistente en este caso, según claramente evidencia el precepto transcrito, en transformar a quien realiza «una pluralidad de acciones u omisiones» punibles —es decir, diferentes delitos o faltas— en autor de un único «delito o falta continuados», alterando de esta manera la realidad de las situaciones sustanciales y de los conceptos que propiamente les convienen.

Desde el punto de vista funcional, la unificación de los delitos por la continuidad se justifica básicamente, según se ha sugerido, en un beneficio basado en la equidad que se cifra en el *favor rei*<sup>176</sup>, de manera que, como institución jurídica, la continuación entraña una *fictio iuris* que únicamente tiene una función determinante —según una expresión tradicional que se repite en la doctrina— *quoad poenam*. Este alcance operativo de la ficción, que limita la virtualidad que le es propia de acuerdo con la aplicación no extensiva que se predica de todas las ficciones, se conjuga perfectamente con el principio de estricta legalidad que es propio del derecho penal, de modo que, en atención al mismo, el delito continuado solamente puede considerarse delito único a los fines específicamente contemplados para él por la ley.

Como consecuencia de estas características, la continuación, por tener una estricta función contraída al ámbito punitivo, no difumina, ni mucho menos elide, la ontológica autonomía de cada uno de los distintos delitos a los que unifica, de manera que cada uno de ellos mantiene inalteradas todas sus características y particularidades —salvo, naturalmente, que otra cosa prevea la ley— en relación a cualesquiera otra institución jurídica. En este sentido, la estricta función *quoad poenam* de la continuación entre los diversos delitos, comporta —salva siempre la posible previsión legal en contrario— su falta total de incidencia sobre la esencia, sobre la identidad y sobre la sustancial autonomía de las diferentes violaciones criminosas, respecto de cuyos aspectos ajenos a su finalidad específica de atenuar el rigor del cúmulo material de las penas no trasciende la unificación que supone la continuación, sino que rige la disciplina del concurso material de delitos: así, por ejemplo, cada uno de los delitos unificado con los demás está directamente afectado por las normas sobre prescripción, sobre indulto o amnistía, sobre penas accesorias, sobre fungibilidad de encarcelaciones o medidas privativas de libertad ya sufridas, sobre circunstancias atenuantes, sobre el perjuicio patrimonial derivado de las conductas delictivas dañosas, sobre el modo de operar las sanciones

---

en tema de disciplina sancionatoria del delito continuado, pueden únicamente unificarse penas distintas pertenecientes a una misma especie (privativas de libertad o pecuniarias), puesto que, por consecuencia de la ficción jurídica, la pena de la misma especie menos grave viene a ser asumida o absorbida por la de mayor gravedad de la propia especie.

<sup>176</sup> Por eso, teniendo en cuenta que la continuación es una institución inspirada en el *favor rei*, la configuración del delito continuado como un *unicum* debe excluirse cuando la *fictio iuris* que la determina comporta consecuencias desfavorables para el condenado: por ejemplo, en el supuesto de la aplicación al mismo de ciertas previsiones posibles de la normativa sobre indulto.



sustitutorias<sup>177</sup> o también sobre la situación procesal de la parte civil y, en su caso, sobre las costas relativas a su constitución y representación y patrocinio consiguientes. La jurisprudencia italiana suele repetir que, en estos casos —entre ellos, el de la prescripción—, como el delito continuado no constituye en realidad un *unicum* sino que es el resultado de una ficción encaminada a mitigar el tratamiento sancionatorio en presencia de varias violaciones de la ley penal, tal delito ficticiamente unitario «debe ser escindido en sus varias componentes»<sup>178</sup>.

#### 6.5. Una referencia judicial a la naturaleza ficticia de la adopción

En otras ocasiones, como ya se ha adelantado, algunas ficciones han sido empleadas por los jueces como recurso argumental de justificación del sentido aplicativo de las normas. Así ha ocurrido alguna vez respecto de reglas que tienen en cuenta en la conformación de su supuesto de hecho la figura de la adopción, que desde su inicial consideración como *naturam imitans*<sup>179</sup>, ha sido con frecuencia considerada como un caso de ficción jurídica, bien sobre la base de la falsa suposición de que el arrogado romano había nacido del arrogante y de su esposa —*tam iure lege filius quam si natus esse*<sup>180</sup>—, bien por fingir el adoptante medieval que el adoptado había sido engendrado por él<sup>181</sup>, o ya simplemente por la mera consideración de que sólo a través del recurso a la ficción se podía equiparar a la filiación biológica la filiación por adopción<sup>182</sup>.

---

<sup>177</sup> Sobre este punto es sugestiva la lectura de la nota, a la sentencia de la Corte de Casación italiana de 30 de abril de 1996, de GALLUCCI, *Brevi note in tema di cause oggettive ostative all'applicazione di sanzioni sostitutive e disciplina del reato continuato*, en *Cassazione penale*, 1997, fasc. 7-8, págs. 2078 a 2080.

<sup>178</sup> En este sentido, entre otras muchas que utilizan la gráfica expresión de que el delito continuado *va sciso*, cfr. la sentencia de 28 de marzo de 1995, n.º 1882, en *Cassazione penale*, 1996, pág. 1797.

Un origen también probablemente jurisprudencial tiene la ficción, ahora legalizada en el derecho penal italiano, de equiparar al ebrio al agente capaz de entender y querer. Abundante jurisprudencia aduce que esta ficción (art. 92 Cpen. it.), dirigida a superar las dificultades causadas por la consideración, en todo caso, de la ebriedad consciente como un agravante, está impuesta por la necesidad de defensa social. Sobre la ebriedad en nuestro derecho punitivo vid. arts. 20, 2.º, y 21, 2.º, Cpen.

Aunque le convenga más la calificación de ficción doctrinal, puede recordarse también aquí otra ficción que se ha propuesto en el ámbito del derecho penal por referencia al llamado *dolus in re ipsa*. Para el mismo, en verdad, no debería haber lugar, puesto que admite que se imagine que la verificación de un elemento psicológico se agote en la comprobación de los datos materiales de la conducta. Se trataría en este caso de una identificación (ficticia) entre forma material y significado, cuando lo que es propio de la conducta humana depende del contenido del querer.

<sup>179</sup> *Inst.* 1, 11. A la adopción como *imago naturae* se refieren D. 1, 7, 16 e *Inst.* 1, 9, 4.

<sup>180</sup> AULO GELIO, *Noctes atticae*, 5, 19, 9.

<sup>181</sup> *Epitome Gai*, 2, 3, 3.

<sup>182</sup> Nuestras Partidas, 4, 16, y 4, 7, 7, siguieron la tradición romana, acogieron el criterio de que *adoptio imitatur naturam* y, en consecuencia, establecieron una regulación calcada de los textos justinianos. Es curioso recordar que los redactores del proyecto de 1851, precedente directo del Código civil, no pensaban incorporarla por considerarla una institución muerta, decidiéndose al fin a recogerla porque uno de ellos, andaluz, indicó que en su tierra se daban algunos casos.

En relación a una diferenciación en cuanto al tratamiento fiscal, establecido legalmente respecto del impuesto de sucesiones, entre hijos por vínculo sanguíneo e hijos adoptivos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha explicado, en sentencias de 17 de enero de 1998, de 22 de abril de 1998, de 27 de febrero de 1999 y de 3 de diciembre de 2001, que tal diferenciación no vulnera el principio de igualdad recogido en los arts. 14 y 39.2 de la Constitución, que han de referirse a los hijos que lo sean de la sangre (STS., Sala Primera, de 23 de mayo de 1991), debiendo tenerse en cuenta, según señala la primera de las sentencias citadas (ponente Mateo Díaz) y reproduce a la letra la última de ellas (ponente Sala Sánchez), que «el nacimiento genera un vínculo totalmente distinto de la adopción, que es una mera ficción legal, que incluso podría no estar reconocida en el ordenamiento y que cuando lo está, cual ocurre en nuestra legislación, es modulable como lo demuestra la existencia de la adopción plena y menos plena (figuras ya desaparecidas) o actualmente de la adopción junto al acogimiento familiar».

#### 6.6. *La «ficción de hembra» en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

Los jueces también pueden aprovechar la referencia a la ficción como mecanismo instrumental de la *ratio* de su decisión. Tal es el caso, sin duda arbitrario, de recurrir nuestro Tribunal Supremo a la que llamó «ficción de hembra» para justificar la rectificación del registro civil, en cuanto a la inscripción del nacimiento de un varón, por considerar tener el actor y luego recurrente, por un cambio anatómico producido por un acto quirúrgico ulterior, el sexo femenino<sup>183</sup>.

La cuestión de la llamada transexualidad había sido suscitada en varias ocasiones, como las que dieron lugar, acogiendo la demanda deducida en el mes de diciembre de 1978, a una sentencia firme del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Málaga y luego a otra de un Juzgado del mismo orden y grado de la provincia de Huelva, en la que el juez resolvía, estimando la demanda, que el actor en adelante «sería tenido por mujer»<sup>184</sup>. Esta última sentencia, que al parecer no fue apelada por la fiscalía, mereció una severa crítica de la Memoria del Fiscal General del Estado correspondiente al año 1986, sobre la base de considerar, por una parte, que la doctrina de los derechos humanos tenida en cuenta en la sentencia no permite, por vía interpretativa, la solución del Juzgado y de denunciar, por otra, que no fue procedente acudir judicialmente a la ficción por cuanto que «sólo el legislador puede utilizarla».

---

<sup>183</sup> Sobre estas cuestiones, en general, es de particular interés la excelente contribución de DÍEZ DEL CORRAL, *La transexualidad y el registro civil (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1980)*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1981, págs. 1077 a 1088.

<sup>184</sup> Antecedente de esta sentencia es la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de abril de 1984, confirmatoria del auto judicial denegatorio de la modificación de la inscripción por cambio de sexo mediante expediente gubernativo.

El problema del transexualismo y su consecuencia inmediata de la petición por parte de las personas afectadas por las llamadas «operaciones de cambio de sexo», de la rectificación del registro civil y del cambio de su nombre de pila en el mismo, ha sido abordado ulteriormente por el Tribunal Supremo a partir de una polémica sentencia de 2 de julio de 1987, en la que se viene a argumentar, aunque con afirmaciones que han de considerarse *obiter dicta*, que «la ficción desempeña en el derecho un papel tan importante como el de las hipótesis en las ciencias exactas» y que «el derecho también tiende su protección a las ficciones»<sup>185</sup>, por cuanto que, como viene en definitiva a determinar en declaración de valor propiamente jurisprudencial, «sólo aceptando una ficción —en el supuesto, la de ser hembra un varón<sup>186</sup>— se hace viable en ciertos casos establecer derechos que de otra suerte carecerían de base racional o jurídica en que apoyarse». Sobre esta base argumental, que constituye propiamente su *ratio decidendi*, explica luego la sentencia, más en concreto, que «esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad, porque —se dice, en cierto modo confusamente— el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de las características primarias y secundarias y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracterologías psíquica y emocional propias de este sexo».

No es esta la ocasión de valorar en sus numerosas implicaciones la sentencia de referencia, cuya solución se asienta en el recurso judicial al expediente intelectual de la ficción. A la resolución, comentada agudamente por De Ángel Yágüez<sup>187</sup>, se presentó por cuatro magistrados un voto particular, con matizaciones de uno de ellos (Pérez Gimeno) en relación al recurso que en la sentencia se hace al expediente de la ficción. Tanto el comentarista como el magistrado discrepante matizante critican que la Sala elabore una ficción *ad hoc* para justificar su fallo, sin que la misma tenga alguna base legal, de manera que, según observa el magistrado discrepante en sus matizaciones, la solución al problema que en la resolución se aborda no puede venir sino mediante la introducción legislativa de una verdadera ficción legal, como —dice— ya «hicieron las naciones europeas

---

<sup>185</sup> Cabe recordar que señala también la sentencia que la hipótesis y la ficción «son meras suposiciones que hay que admitir para legitimar determinadas consecuencias en orden a la verdad científica o de la justicia o utilidad social».

<sup>186</sup> Como expresamente dice la sentencia examinada, «será una ficción de hembra, si se quiere».

<sup>187</sup> Cfr. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Transexualidad y cambio de sexo*, en «La Ley», 16/10/1987, págs. 1 a 10. Ver también VIDAL GONZÁLEZ, *¿Se incluye el «cambio de sexo» (transexualidad) en el «libre desarrollo de la personalidad», al que se refiere 10.1 de la Constitución española? (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987)*, en *Revista General de Derecho* (sección práctica), 1989, marzo, págs. 987 ss. En *La revista internauta de práctica jurídica*, confeccionada en la Universidad de Valencia (n.º 2, mayo-agosto 1999), se puede encontrar en internet el artículo de VERDA y BEAMONTE, *La transexualidad en la jurisprudencia del tribunal supremo* (<http://www.uv.es/~ripj/2ver.htm>).

en su mayoría»<sup>188</sup>. Parece acogerse aquí la tesis, ya prestigiosamente defendida por François Geny y bastante extendida por basada en razones de seguridad jurídica, de que sólo es admisible en el derecho moderno la *fictio legis*.

La doctrina de la sentencia de 2 de julio de 1987 (ponente Latour Brotons) es seguida en cuanto a su fallo por otras posteriores<sup>189</sup> y también en cuanto a la doctrina que establece por la sentencia de 3 de marzo de 1989 (ponente Albacar López), que asimismo se explaya argumentalmente sobre el uso judicial de la ficción, de la que predica que es «una institución tan necesaria como tradicionalmente reconocida». En esta última sentencia se justifica el recurso a la *fictio*, como *ratio decidendi* de la propia resolución, aduciendo que «estamos operando por medio de una ficción, instituto desde siempre reconocido por la ciencia jurídica —recuérdese ya la ficción del nascituro, que elaboró el derecho romano— y que permite atribuir a un objeto o sujeto de derecho un tratamiento jurídico que se reputa necesario o simplemente justo»<sup>190</sup>.

De las sentencias indicadas se han hecho eco otras resoluciones de la que ha dado en llamarse jurisprudencia menor<sup>191</sup>, así como alguna resolución judicial en expediente gubernativo sobre autorización de matrimonio civil<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> En este caso, para cuyo enjuiciamiento la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo reunió excepcionalmente a sus trece magistrados, cuatro de ellos formularon voto particular discrepando o disintiendo de la mayoría que aprobó la sentencia (ponente Latour Brontons), matizando uno de ellos el voto particular formulado. Este último magistrado (Pérez Gimeno) señaló que no era lícito al Tribunal «decidir la cuestión planteada sobre la base de admitir la ficción del cambio de hombre a mujer, pues tal conclusión no tiene amparo en nuestro vigente derecho positivo, que es el que debe aplicar esta Sala, aparte de llevar a cabo tal ficción, aplicada por el órgano jurisdiccional, un posible atentado al principio de seguridad jurídica», de manera que, «como el problema humano existe y debe dársele solución, esta solución no puede venir más que por vía legislativa, como hicieron las naciones europeas en su mayoría, que crearon la ficción legal de considerarles a ciertos efectos como del sexo psicológico asumido».

<sup>189</sup> Cfr. STS. de 15 de julio de 1988 (ponente Martín-Granizo) y de 19 de abril de 1991 (ponente Santos Briz), que, sin embargo, eluden entrar directamente en sus fundamentos en el tema de la ficción.

<sup>190</sup> Esta STS. de 1989 también mereció un voto particular, en el que el magistrado discrepante (Marina Martínez-Pardo) señalaba, en relación al uso de la ficción, que «la ficción como solución técnica no puede elevarse a la categoría de *ratio decidendi*», que «la ficción, como instrumento jurídico de solución de conflictos, necesita el apoyo de una disposición legal que expresamente la autorice» y que «es el legislador quien puede acudir a la ficción para proteger derechos en formación o una situación que lo demande, pero no los tribunales». Afirma el voto particular, en sede de argumentación, que «el caso más claro de ficción en el ámbito del estado civil —esencialmente diferente del presente, dice— es el de la institución de la adopción».

<sup>191</sup> Así SAP Vizcaya de 14 de enero de 1996 y SAP Murcia de 20 de noviembre de 1997. Véase también la sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 7 de Lleida de 21 de septiembre de 1999 —comentada por Bercovitz en *Actualidad civil*, 1999, pág. 1651—, que recuerda la STS. de 2 de julio de 1987 y su afirmación de que «existía una apariencia o ficción de mujer».

<sup>192</sup> Así el auto de 10 de enero de 2000 dictado por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Melilla, en el que se indica, por referencia a las sentencias comentadas, que «se ha creado una ficción legal, como el propio Tribunal Supremo reconoce; ficción legal que ha de conllevar plenitud de derechos sin otras limitaciones que las que legalmente se establezcan, cosa que hasta el momento no ha ocurrido».

### 6.7. *La argumentación ficticia del fallo judicial*

En relación a las ficciones judiciales, se ha indicado en alguna ocasión que constituye una de ellas el modo que, a veces, tienen los jueces de motivar las sentencias, en aquellos casos —seguramente muy habituales— en que el fallo no depende tanto de los fundamentos jurídicos con los que se argumenta sino de las consideraciones con las que luego se justifica la solución previamente adoptada.

En este caso, si la motivación de la sentencia debe proceder linealmente en el plano del conocimiento y estar destinada a convencer de la procedencia de la decisión judicial, la motivación adoptada *a posteriori* del fallo traiciona, como escribe Pugliatti, por referencia a Larenz, la verdad que debe condicionar la actividad del juez y es, por ello, una motivación aparente o incluso falsa<sup>193</sup>. Pero adentrarnos en esta cuestión, que podría comportar la falta de motivación de la sentencia según exigen la Constitución y la ley orgánica del Poder Judicial, sería proceder por vericuetos inextricables, pues, aunque en tales casos faltaría sustancialmente o históricamente la motivación, formalmente la misma habría tenido lugar. De nuevo estaríamos aquí ante un supuesto de la insuprimible dicotomía entre «verdad histórica» y «verdad jurídica».

## 7. *Las ficciones negociales*

### 7.1. *Concepto y admisibilidad*

Los agentes del negocio jurídico acuden, a veces, para autorregular sus intereses, a la figura de la ficción, al igual que en otras ocasiones, seguramente mucho más numerosas, aunque en este caso con una finalidad de engaño que también les interesa, recurren a la figura de la simulación, que en definitiva es, igualmente, una actividad o una previsión ficticia. Aunque íntimamente relacionadas entre sí, se trata, sin embargo, de dos categorías negociales distintas, en cuanto que los agentes negociales no desean que valga para ellos lo convenido simuladamente, mientras que quieren, en cambio, que la ficción que introducen en su convención desenvuelva su eficacia en forma vinculante<sup>194</sup>.

---

Un estudio jurisprudencial sobre la cuestión del transexualismo ha sido elaborado por FERNÁNDEZ CAMPOS, *Transexualismo. Cambio de sexo en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y del Tribunal Supremo*, en *Actualidad civil*, 1997, I, págs. 97 ss. Véase también la monografía de ELOSEGUI ITXASO, *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Granada, 1999.

<sup>193</sup> Cfr. PUGLIATTI, s. v. «Conoscenza» cit. pág. 88.

<sup>194</sup> Sobre este punto, vid. WICKER, *Les fictions juridiques* cit. pág. 12, quien precisa que asimismo debe distinguirse conceptualmente la ficción del fraude. En relación a la posible conexión entre simulación, falsedad y ficción puede verse, sin embargo, PUGLIATTI, s. v. «Conoscenza» cit. págs. 83 ss.

Un caso curioso y muy antiguo de ficción negocial, presente en numerosos documentos griegos del Egipto romano, consistía en comparecer en la contratación la parte obligada como *perses epigones* o persa de la descendencia, al objeto de que, mediante esta ficción, pudiera ser hecho privadamente prisionero, en caso de incumplimiento y en una suerte de ejecución personal, el contratante que se hubiera atribuido tal condición personal: vid. MIGLIARDI ZINGALE, «*Persiano della discendenza*»: *étnico o finzione giuridica?*, en *Le finzioni del diritto* cit., págs. 175 a 178.

Hay que reconocer que las ficciones negociales, perfectamente admisibles al amparo del art. 1255 del Código civil, son sólo relativamente frecuentes en la experiencia, pudiéndose citar, de todas formas, como supuesto más habitual, la ficción negocial consistente en el llamado domicilio electivo<sup>195</sup>. En todo caso, algunas previsiones negociales de carácter ficticio han alcanzado una práctica lo suficientemente corriente como para que se hayan fijado en ellas los preceptos positivos.

### 7.2. *Algunas ficciones negociales previstas en la ley*

De las ficciones negociales expresamente contempladas en las normas positivas, podemos señalar aquí algunos casos bien expresivos. Pueden así recordarse, en este sentido, por ejemplo, el art. 10.1 del Código civil, que consiente la sustitución voluntaria de la ficción legal de considerar situados los bienes en tránsito en el lugar de su expedición por la ficción negocial de entenderlos situados en el lugar de su destino; o la ley 20 del Fuero Nuevo de Navarra, que autoriza a los contratantes a atribuir al silencio el valor de una declaración de voluntad ficticia en un sentido determinado o bien el art. 107, 2.º de la Ley hipotecaria, que se refiere a la ficta subsistencia del usufructo en caso de consolidación y que no se extienda al mismo la hipoteca que grava la nuda propiedad<sup>196</sup>; o bien, finalmente, el ahora derogado art. 29 de la Compilación del Derecho civil de Aragón sobre pactos de muebles por sitios o de sitios por muebles, que consentía a los particulares atribuir artificialmente a las cosas un elemento diferenciador como existente o, en su caso, como no existente, para lograr así sujetar a las mismas a un régimen jurídico que, de por sí, no les correspondería<sup>197</sup>. «Con esta ficción —explicaba la exposición de motivos de dicha Compilación, teniendo en cuenta una de las finalidades tradicionales de tal recurso técnico— se empalma la nueva norma con la tradicional, sin menoscabo del propósito legislativo»<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> La STS. de 30 de enero de 1993 se refiere, además de al domicilio real y a los domicilios legales al «denominado domicilio electivo», en virtud del cual los interesados en un determinado negocio prescinden de la domiciliación propia, para someterse a la que libremente fijan en la relación contractual que crean —domicilio por designación o electivo—, produciendo así un domicilio ficticio y restringido, pero que desempeña función análoga a la del domicilio real en el ámbito jurídico y de relaciones para el que se aportó expresamente y que resulta vinculante por no prohibirlo expresamente el citado art. 40 del Código civil». Véanse también, sobre el domicilio no real que figura en el contrato como propio de las partes, STS. de 21 de abril de 1972 y de 10 de febrero de 1975. El asunto se puede relacionar, en su posible vertiente judicial, con la ficción que también entraña el concepto procesal de *forum prorrogatum*.

<sup>196</sup> Vid. LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS, *Elementos* cit., III-2, Madrid, 2001, pág. 243.

<sup>197</sup> Sobre la presunción de muebles por sitios en relación al patrimonio conyugal, que, en definitiva, también se basa en una ficción, cfr. art. 39 de la misma Compilación de Aragón.

<sup>198</sup> Actualmente, la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y de viudedad, suprime, por no ser congruente con el nuevo régimen jurídico que propone, «la vieja y entrañable fórmula de “muebles por sitios o viceversa”», de modo que, habiendo «desaparecido» los motivos que llevaron a aquella «ficción», ya no necesario dar el «rodeo», según expresa la exposición de motivos de la Ley, que la fórmula tradicional significaba.

También la ficción de filiación matrimonial del marido o no matrimonial del conviviente a que se refieren los arts. 92 y 97 del Código de Familia de Cataluña debe considerarse como negocial, pues su establecimiento requiere el previo consentimiento expreso del marido o del conviviente, formalizado en escritura pública, para la fecundación artificial o asistida heteróloga de la mujer<sup>199</sup>. Asimismo, es posible que una filiación matrimonial ficticia de carácter negocial se establezca mediante el consentimiento de los esposos separados legalmente o de hecho, de acuerdo con lo previsto en el art. 118 del Código civil; que una paternidad ficticia sea admitida por el marido, de acuerdo con lo establecido en el art. 90.2, b), del Código de Familia catalán; o que una filiación no matrimonial ficticia se establezca mediante un reconocimiento de complacencia, siempre posible teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 120, 1.º, del Código civil y, en el derecho catalán, en el art. 93.1, a), del Código de Familia. Podría pensarse que estos últimos casos serían más bien constitutivos de simulación, pero, en realidad, aunque el negocio que los provocase pudiera calificarse de simulado, sus efectos consolidados serían, sin duda, constitutivos de una ficción.

Las *fictiones legis*, por su mayor interés, son analizadas a continuación con mayor detenimiento, en un apartado específico reservado para ellas.

### III. LAS «FICTIONES LEGIS»

#### 8. *Concepto, antecedentes, fundamentación, admisibilidad y caracteres de la ficción legal*

##### 8.1. *El significado de las ficciones legales*

Proceder a la creación del derecho por referencia a una categoría preexistente, en lugar de pretender conformar una categoría jurídica nueva, es una tendencia muy conforme con el modo de ser de los juristas, puesto que, como explica el gran civilista y sociólogo del derecho Jean Carbonnier, «es de esencia del derecho enlazar el porvenir con el pasado». Esta actitud, continúa explicando el célebre jurista francés, conduce en particular al empleo de las ficciones legales, en las que se hace violencia a la realidad nueva para reportarla a una idea ya recibida y hacerla así más asequible<sup>200</sup>.

Es, sin duda, esta última clase de ficciones la que conserva un mayor espacio en la configuración actual del discurso jurídico, puesto que si, de una parte, es observable un cierto declinar generalizado en la utilización de las ficciones por los

---

<sup>199</sup> Como se ha dicho en alguna ocasión —así en una sentencia de la casación italiana (n.º 2315/99)—, se sacrifica aquí el *favor veritatis*, habitualmente acogido en tema de filiación, en beneficio de posiciones de tutela prioritaria.

<sup>200</sup> Cfr. CARBONNIER, *Droit civil*, 1. *Introduction. Les personnes* (14.ª ed.), París, 1982, pág. 44.



juristas y por los operadores jurídicos, ocurre, de otra, que el legislador no sólo conserva sino que todavía introduce bastantes ficciones en los textos positivos. La razón de esta realidad puede seguramente ser doble y encontrarse, por un lado, en el dato de que, si a otros operadores jurídicos les es hoy bastante fastidioso recurrir a la ficción, al legislador se le reconoce por todos autoridad —a veces, según ya se ha dicho, sólo a él— para fingir hechos y eventos jamás acaecidos y, por otro lado, en la actitud conservadora que suelen adoptar todos los legisladores en el respeto a ciertas *regulae iuris* consagradas por la tradición y casi consideradas como intocables<sup>201</sup>. En este sentido, aunque la ficción puede también responder en ocasiones a otras técnicas de construcción jurídico-legal, como la de «consentir una economía del lenguaje normativo verbalizando una regla compleja de una manera más simple» —lo que de manera más sencilla y castiza señalan algunos juristas como un «rodeo»<sup>202</sup>—, el recurso legislativo a la ficción sirve normalmente para alterar, de una manera velada, una norma jurídica que aparentemente se conserva intacta<sup>203</sup>. Como ejemplos bien claros de esta realidad pueden aducirse —por ser casos relevantes y notorios— las recientes ficciones legales que se refieren a las llamadas «sociedades unipersonales».

En relación a las ficciones legales, conviene precisar, en todo caso, que pueden operar de manera un tanto diferente según cual sea la modalidad elegida por el legislador para que desenvuelvan su virtualidad. Puede haber algunas que, en este sentido, comporten simplemente una equiparación formal, de carácter más bien terminológico, entre una situación nueva y una situación ya regulada —equiparación que se lleva a cabo mediante una extensión identificadora respecto del tratamiento de una situación a la otra, según la vieja fórmula del *periunde ac si* o del «como si»— y encontrarse otras que conduzcan, en cuanto al tratamiento jurídico, a una equiparación, que podríamos llamar sustancial<sup>204</sup>, entre lo viejo y lo nuevo a través de configurar normativamente a éste, con aquella finalidad, de manera diversa a como es en la realidad. De estos dos tipos de ficciones —difíciles de distinguir muchas veces en la práctica—, el primero supondría la mera aplicación de la norma prevista para un caso conocido a un caso nuevo, de manera que su aspecto ficticio se referiría sobre todo al efecto equiparatorio<sup>205</sup> y vendría a tener un significado semejante al del reenvío<sup>206</sup>, mientras que el segundo —al que podríamos calificar de

---

<sup>201</sup> Cfr. GAMBARO, s. v. «Finzione giuridica nel diritto positivo» cit., pág. 347.

<sup>202</sup> Cfr. PÉREZ SERRANO, *Las ficciones en el derecho constitucional* cit. pág. 16.

<sup>203</sup> Cfr., sobre este particular, GAMBARO, s. v. «Finzione giuridica nel diritto positivo» cit., pág. 343. En un sentido semejante, ya observaba RIPERT, *Les forces creatrices du droit*, París, 1955, pág. 334, que los juristas, mediante el empleo de la ficción, *sont habiles dans l'art d'éluder les principes rationnels*.

<sup>204</sup> Véase a este propósito BARASSI, *Le «fictions juris» in Baldo*, en *L'opera di Baldo*, Perugia, 1901, pág. 114.

<sup>205</sup> En cuyo caso podríamos estar al borde del límite de la ficción.

<sup>206</sup> Así se podría sostener en relación al art. 1005 Cc., en el sentido de que en él «se finge que el heredero ha aceptado la herencia, para que se produzcan las mismas consecuencias jurídicas que si

ficción por antonomasia— procura la equiparación del tratamiento mediante el falseamiento del supuesto contemplado para que de esta manera aparezca como más justificable, al menos a los ojos del legislador, la propia equiparación<sup>207</sup>.

Por otra parte, es también conveniente precisar que, aunque frecuentemente sean indicativos de ficción<sup>208</sup>, a veces escapan del concepto propio de la misma ciertos supuestos legales configurados a través de determinados mecanismos habituales en el lenguaje jurídico —tales como *quasi, veluti, pro, quanmodo, ad instar, ad exemplum, videri* o sus actuales correspondencias<sup>209</sup>— que, si hacen con frecuencia equívoco al discurso jurídico, son también expresión de la facundia o, si se quiere, de la facilidad, rayana en lo artístico y que tanto ha fascinado a algunos<sup>210</sup>, de los juristas para hacer pasar la sustancia de una cosa a otra cosa distinta.

## 8.2. *La «fictio legis» en el derecho romano*

Las ficciones legales fueron útilmente aprovechadas, con la significación expuesta, en las normas del derecho romano, en cuyo ámbito, aunque ciertamente

---

hubiere aceptado», o en relación al art. 1119 Cc., en el sentido de que en su caso «se finge que la condición se ha cumplido, para que tengan lugar los mismos efectos que si se hubiera cumplido»: cfr. GARCÍA VALDECASAS (G.), *Parte general del derecho civil español*, Madrid, 1983, pág. 72, quien, de manera poco convincente tiende a equiparar idealmente la ficción a la remisión, que se contiene, por ejemplo, en preceptos tales como los arts. 528, 1541 y 1669, 2.º Cc.

<sup>207</sup> Como supuestos extremos de un falseamiento de la realidad que, sin embargo, considera oportuno acoger el legislador, podrían citarse los arts. 79, respecto de la producción de unos efectos del matrimonio que en realidad no han podido producirse, y 108.1 Cc. y 87.1 del Código de familia de Cataluña, que se refieren a una filiación que se contrapone expresamente a la que deriva de la naturaleza.

<sup>208</sup> Como se ha puesto autorizadamente de relieve, las expresiones de referencia consagran a menudo supuestos de ficción: cfr. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960, pág. 220. La habitualidad en los textos positivos de tales recursos lingüísticos contradice, según señala RESCIGNO, *Sulle finzioni nel diritto privato: memorie e idee da riordinare*, en *Le finzioni del diritto* cit., págs. 211 s., «que las codificaciones modernas se hayan liberado del expediente y de la figura» de la ficción.

<sup>209</sup> «Tener la consideración» (arts. 1.3.2 y 103 Cc.), «se reputará» (arts. 319, 433 y 1122.2 Cc.), «se entiende» (arts. 82.5, 364, 462 y 466 Cc.), «se considera como» (art. 475 Cc.), «se tiene por» (art. 1960, 3.º, Cc.), etc., así como «s'entén», «no s'entén» o «s'estima» (arts. 6, 19.1, 20.2, 22, 27.2, 32.1, 39.1 y 2, 71.3, 73.3, 81.1, 88.2, 89.3, 97, 141.1, 142, 143, 144.1, 145, 155, 161.1, 190, 192, 194, 196.2, 198.3, 250.1, 256.3, 289, 306.3 y 5, 307.3, entre otros, del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña) o «hom considera» o «es considera» (arts. 28.3, 34.2, 152.3, 157.1 y 2, 235.3, 243.2, 277.2, entre otros, del mismo Código), algunos de cuyos preceptos constituyen propiamente normas de carácter interpretativo y suponen en realidad soluciones legislativas, expresadas mediante formulas literarias ficticias, a las que recurre el ordenamiento para dar acogida a determinados juicios de valor exigidos por postulados de justicia. Un caso de ficción puramente verbal se encuentra en el art. 59 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, que establece que «el dueño de los bienes pignoralos, a todos los efectos legales, tendrá la consideración de depositario de los mismos».

Sobre la cuestión ahora aludida, véase, si bien en cuanto a expresiones como *censetur tanquam, aequiparantur, habeatur pro*, etc, LLANO CIFUENTES, *Naturaleza jurídica de la «fictio iuris»*, cit., págs. 141 a 146.

<sup>210</sup> Se hace referencia al gran jurista KANTOROWICZ, *La souveraineté de l'artiste. Note sur quelques maximes juridiques et les théories de l'art a la Renaissance*, en *Mourir pour la patrie* (al cuidado de Legendre), Paris, P.U.F., 1984, págs. 33 a 57, recordado a este propósito por THOMAS, *L'empire de la fiction romaine et ses limites medievales*, en *Droits*, 21 cit., pág. 36.

no falten otros casos<sup>211</sup>, el ejemplo más conocido de ficción legal es, sin duda, el de la *fictio legis Corneliae*, que hay que considerar como íntimamente relacionada con la jurisprudencial *fictio postliminii*<sup>212</sup>.

Por la primera, formulada en una ley hecha aprobar por el dictador Lucio Cornelio Sila entre los años 84 a 81 antes de Cristo, se fingía que había muerto en el momento de su captura el ciudadano romano que moría luego prisionero del enemigo —*servus hostes* o *in hostium potestate*—, para evitar así que la pérdida de la libertad y la consiguiente privación de la *testamenti factio* activa provocasen también la nulidad de su testamento, de manera que, en cambio, éste valía, en la formulación positiva de la ficción debida a Ulpiano y a Paulo, por entenderlo fallecido como si no hubiera salido de la patria —*atque si in civitate decessisset*<sup>213</sup>— o, en la versión negativa de Juliano, como si el fallecido *in hostium potestatem non pervenisset* y siempre hubiera permanecido libre<sup>214</sup>. Por la segunda, se fingía que nunca había estado prisionero, cuando ciertamente había sido apresado, quien lograba escapar de la *captivitas hostium*<sup>215</sup>, de modo que así los hijos de este *pater familias* vuelto a territorio romano continuaban *in potestate*, mientras que, sin la ficción de que nunca había sido hecho prisionero y de que siempre *in civitate fuisset*<sup>216</sup>, se habrían convertido en *liberi sui iuris*, con la trascendencia sucesoria correspondiente.

Las consecuencias prácticas alcanzadas mediante la ficción se hubieran podido también conseguir, sin duda, a través del recurso a la figura de la excepción, pero esta opción hubiera supuesto forzar sobremanera la conformación del sistema jurídico vigente, en cuanto que hubiera comportado la conservación de la capacidad jurídica de quien ya se había convertido en esclavo, de manera que pareció preferible fingir que había muerto al ser capturado o que nunca había caído en poder de los enemigos. En efecto, como ha hecho notar García Garrido, las aplicaciones jurisprudenciales de la *lex Cornelia* coinciden siempre en considerar que su principal virtualidad fue la de reputar ficticiamente al *captivus atque si in civitate decessisset*<sup>217</sup> o *ac si hostium potestate non pervenisset*<sup>218</sup>, subrayando

---

<sup>211</sup> Cfr. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano* cit. págs. 323, se refiere a las ficciones contenidas en la *lex Junia Norbana*, en la *lex Salpensana*, en la *lex de Imperio Vespasiani* o en el *senadoconsultus neronianus*.

Sobre el particular versa ampliamente BIANCHI, *Fictio iuris* cit. págs. 347 a 422. Vid. también TODESCAN, *Diritto e realtà* cit., págs. 22 a 37.

<sup>212</sup> A las mismas ha dedicado atención AMIRANTE, *Captivitas e postliminium*, Napoli, 1950, y *Pendenza e prigionia di guerra*, en *Labeo*, 1963, págs. 23 ss.

<sup>213</sup> D. 35, 2, 1; 38, 16, 1 pr. y 49, 15, 18.

<sup>214</sup> D. 28, 1, 12 y 49, 15, 22 pr. Sobre la *fictio legis Corneliae* pueden verse interesantes apreciaciones en THOMAS, *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limitations medievales*, en *Droits*, 21, cit., págs. 21 a 29 y 54.

<sup>215</sup> D. 49, 15, 12, 5 y 6.

<sup>216</sup> D. 49, 15, 16. Véase también *Instituta*, 15, 5.

<sup>217</sup> Así, en positivo, D. 35, 12, 18 pr. y 43, 3, 15 pr.; C. 8, 50, 11.

<sup>218</sup> Así, en negativo, D. 28, 6, 28 y 49, 15, 22 pr.

el propio autor que de este modo se asimila, a efectos testamentarios, la condición del que muere *in captivitate* a la del que muere *in civitate*: «se trata, en definitiva —concluye—, de equiparar el *captivus* al *cives*»<sup>219</sup>.

Conviene que retengamos esta idea de equiparación en que se traduce la ficción examinada, puesto que más adelante habremos de volver a referirnos a la posible relación a establecer entre la analogía y la ficción legal<sup>220</sup>.

### 8.3. *La justificación práctica de la ficción*

Es una convicción generalizada, implícitamente asumida por casi todos los juristas, que la finalidad práctica del derecho tiende a alcanzar una cierta equidad en las relaciones humanas y que el ordenamiento procede según exigencias de necesidad o conveniencias de utilidad. Sobre la base de estos planteamientos tan elementales, que, como hemos visto anteriormente, desarrolló de manera a la vez brillante y retórica el filósofo Vico, puede decirse que también respecto de la *fictio legis* se ha buscado su justificación en la equidad y, con más propensión en los tiempos modernos, en la utilidad.

Cifrar la justificación de la ficción y, en particular, de la *fictio legis* en la equidad ha sido habitual en la época intermedia y en los inicios de la edad moderna y ha encontrado luego grandes valedores posteriores en juristas influyentes. Para indicar únicamente algunos grandes juristas, podemos recordar que se debe, en efecto, a Bartolo de Sassoferrato la celebérrima y celebrada opinión de que *omnis fictio est introducta ex quadam naturali aequitate*, a Cujacio la afirmación de que la ficción es postulada por la equidad<sup>221</sup> y a Blackstone la sentenciosa frase de que *in fictione semper subsistit aequitas*<sup>222</sup>.

En nuestros días, sin embargo, el dogmatismo pandectista y luego el formalismo positivista hacen descansar más usualmente la ficción legal no tanto en razones axiológicas como en criterios más inmediatamente utilitarios. En esta línea se colocan, en efecto, consideraciones —que se repiten con frecuencia entre los autores— tales como la de que la ficción puede servir para adoptar el derecho a las nuevas exigencias sociales, como la de que la ficción puede utilizarse para introducir soluciones innovadoras sin alterar el sistema sobre el que tradicionalmente se asienta el ordenamiento o como la de que la ficción supone una fórmu-

---

<sup>219</sup> Cfr. GARCÍA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en el derecho romano* cit., pág. 325.

<sup>220</sup> Las ficciones legales no dejaron también de trascender, desde sus primeros textos normativos, al derecho canónico. En la primera de sus codificaciones modernas, de 1917, se encuentran, por ejemplo, expresamente enunciadas la ficción según la cual el matrimonio regularizado mediante *sanatio in radice* es considerado como si siempre hubiese sido válido (can.1136) y la ficción por la cual los canónigos no vestidos con el traje reglamentario son tenidos —según ya sabemos— como ausentes del coro (can. 409.1).

<sup>221</sup> Cfr. CUJACIUS, *Opera, ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissima exacta, in tomos XIII distribuita, Pars tertia*, t. III, Prati, 1837, col. 1.186.

<sup>222</sup> Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, 1758-1763, vol. III, pág. 43.

la abreviada, un atajo o un rodeo para denotar, en definitiva, un estado de cosas que ha creado o establecido.

Esta posible fundamentación de la ficción en una dirección puramente ontológica<sup>223</sup> y las consecuencias prácticas que de ello se derivan no pueden, desde luego, menospreciarse, por cuanto que no pocas veces las ficciones que han perseguido tales finalidades de mera utilidad en la construcción del discurso jurídico se han revelado como verdaderamente proficuas en relación al desarrollo del derecho. Es claro, con todo, que este medio artificial de la economía jurídica o «mentira técnica», según definía Rodolfo von Jhering a la ficción por referencia exclusiva a la necesidad<sup>224</sup>, carece de suficiente sustantividad y que, visto desde una perspectiva meramente utilitaria, se reduce a ser, según la famosa expresión de este prestigioso jurista alemán, una «muleta del legislador», que en definitiva vendrá inservible a medida que el ordenamiento se perfeccione o el legislador tenga más confianza de la que ahora otorga a los valores que encierran las operaciones intelectuales consistentes en la interpretación y en la integración de las leyes.

#### 8.4. *La tesis de la exclusiva admisibilidad de la «fictio legis»*

Aunque desde antiguo se admitieron otras clases de ficciones, se abrió pronto camino, en la época medieval, en que por influencia cristiana la procedencia de la utilización de las *fictiones iuris* había de sufrir no pocas acomodaciones, la idea de que la trascendencia ordenadora que venían a alcanzar el hecho o la omisión fingidos exigía necesariamente ser sancionada por el derecho positivo.

En efecto, sobre la base, sin duda, de que la ficción entrañaba en todo caso una manipulación de la verdad y, sobre todo, de que la intrínseca falsedad en que se asentaba violentaba la naturaleza de las cosas, los juristas medievales matizaron fuertemente el alcance de la proteica figura de la ficción, tan habitualmente utilizada con finalidad creadora por los juristas romanos<sup>225</sup>, de manera que en el contexto de estos planteamientos vino cabalmente a insertarse la tendencia a la admisión exclusiva de la ficción establecida por el legislador. Esta doctrina de que la ficción ha de provenir expresamente de la ley, sin que pueda el juez presuponerla o investigarla por su propia autoridad, se va arraigando progresivamente y llega a ser proclamada con firmeza por Bartolo al indicar, rechazando así otras suertes de ficciones y aceptando únicamente la ficción legal, que *fictiones ab homine introduci et induci non potest*<sup>226</sup>.

---

<sup>223</sup> Sobre esta cuestión, pueden verse interesantes apreciaciones en TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della «fictio iuris»* cit. págs. 455 ss., que han sido aprovechadas por PALAZZO, s. v. «Pre-sunzione (dir. priv.)», en *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, págs. 265 ss., esp. pág. 273.

<sup>224</sup> Cfr. JHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo* (traducción y notas de E. Príncipe), IV, Madrid, 1891, pág. 331.

<sup>225</sup> Sobre la diferencia de actitud de los juristas romanos y los juristas medievales sobre la ficción, es de particular interés el estudio de THOMAS, *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites medievales*, en *Droits*, 21, cit., págs. 17 a 63.

<sup>226</sup> BARTOLO, *Opere*, vol. 5, Venetiis, 1602, págs. 93 s.

Dejando aparte otras referencias menos evidentes, cabe recordar ahora que en los repertorios o diccionarios jurídicos de mediados del siglo XV suele reportarse la idea de ficción a la ficción legal —*fictio est quando ius certum de aliquo ipso fingit statuendo oppositum*—, de manera que enseguida se va consolidando en esos resúmenes doctrinales la tesis de la sola admisibilidad de la ficción por disposición de la ley. En este sentido, tanto en el *Lexicon iuris* de Spiegel, de principios del siglo XVI, como en el *Lexicon magnum iuris caesarei simul, et canonici* de Calvinus, publicado en el año 1600, se proclama que *fictio ad solam legem pertinet* y en el *Alphabeticum juridicum* de Gil de Castejón, de 1678, se afirma resueltamente que *fictio non admittitur, nisi inducta lege*<sup>227</sup>.

Aunque esta orientación doctrinal conoce altibajos y no se acoge siempre con definitivo favor por parte de los juristas continentales, es lo cierto que va a encontrar en los tiempos modernos fervorosos valedores. Tal es el caso de la mayor parte de los juristas franceses, desde la codificación<sup>228</sup> hasta nuestros días<sup>229</sup>, de Jeremías Bentham<sup>230</sup>, del positivista Hans Kelsen<sup>231</sup> o bien de no pocos juristas italianos<sup>232</sup>, entre los que últimamente el gran civilista Angelo Falzea ha hecho una cerrada defensa de la tesis de la exclusiva admisibilidad de la ficción establecida por obra de la ley<sup>233</sup>. Al decir de este último, el recurso a la ficción se consiente

---

<sup>227</sup> Tomo estos datos de D'ANGELO, *Note sulla voce «fictio iuris» negli antichi dizionari giuridici*, en *Le finzioni del diritto* cit., págs. 107 a 116.

<sup>228</sup> Entre los juristas franceses adeptos a la llamada Escuela de la Exégesis era habitual pensar que *les juges ne peuvent créer des fictions, ce droit n'appartient qu'à la puissance législative*. Sobre estos aspectos, con los que no se corresponden sus puntos de vista, véase GÉNY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, París, 1921, págs. 260, 367 y 420.

<sup>229</sup> Véanse, a este respecto y por vía de ejemplo, las interesantes apreciaciones contenidas en BERGEL, *Théorie general du droit* (2.ª ed.), París, 1989, págs. 300 ss.

<sup>230</sup> Las acerbas críticas que Bentham dirigía a las ficciones —*pestilential breat of fiction*— se referían, en realidad, a las ficciones doctrinales y judiciales y contrastaban parcialmente con su profunda convicción de la soberanía del legislador como único legítimo creador del derecho. Sobre estos aspectos pueden verse las contribuciones contenidas en el libro coordinado por Gérard, Ost y Van de Kerchove, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, 1987.

<sup>231</sup> Es claro que en el planteamiento normativista kelseniano, en que es fundamental la distinción entre la creación y la aplicación del derecho, «una ficción de quien aplica el derecho es completamente inadmisibles porque es contrario al derecho»: cfr. KELSEN, *Zur Theorie der Juristischen Fiktionem. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaubingers Philosophie des Als-Ob*, trad. it. *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*, en *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito* (a cura di Carrino), Napoli, 1988, pág. 256. Sin embargo, como, en la concepción kelseniana, el derecho no es más que una realidad ideal hecha de normas, la *fictio* prevista normativamente no contrastaría conceptualmente con la realidad sustantiva.

<sup>232</sup> Muchos de ellos cuando se refieren a la ficción lo hacen en concreto a la *fictio legis*: valgan como ejemplos los prestigiosos manuales de TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile* (26.ª ed.), Padova, 1983, pág. 225 y de RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975, pág. 37. Por la aceptación exclusiva de la ficción legislativa se orientaron antes SCADUTO, *Sulla tecnica legislativa*, en *Rivista di diritto procesuale civile*, 1927, págs. 225 ss., ahora reproducido en *Diritto civile*, II (a cura di Palazzo), Perugia, 2002, esp. págs. 709-713, y luego MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1947, pág. 59.

<sup>233</sup> Cfr. FALZEA, *Riflessioni sulla «fictio iuris»*, en *Le finzioni del diritto* cit., págs. 117 ss.



únicamente al legislador, estando precluido a los intérpretes de la ley, sean jueces o cultivadores de la ciencia jurídica, de modo que «la *fictio iuris* adopta la modalidad obligada de la *fictio legis*».

Por lo demás, entre nuestros civilistas, es también habitual referir el concepto genérico de ficción a la especie de la ficción legal<sup>234</sup>.

### 8.5. *La rigidez consecuente de la virtualidad de la ficción*

Como derivación comprensible de la argumentación sobre la que se sostiene la tesis de la exclusiva admisibilidad de la ficción legal, suele predicarse que ésta que es de interpretación restringida. La razón de esta opinión se encuentra en la reflexión de que si al legislador le es consentido, no obstante ser construcciones artificiales, establecer ficciones legales por causas de necesidad o de utilidad que él sólo legítimamente puede conocer, es lógico que tal contradicción legislativa con la realidad se limite estrictamente al caso específicamente considerado. De esta manera, desde Baldo, pasando por Altaserra, el Cardenal de Luca y Laurent y hasta nuestros días, es corriente la afirmación —que conoce en ellos diversas variantes— de que *fictio iuris de similibus a similia extendi non debet*<sup>235</sup>.

---

<sup>234</sup> Véanse, en este sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, *Introducción y parte general*, vol. 1.º (4.ª ed.), Barcelona, 1975, pág. 22 (sin variación en este punto en ediciones posteriores: 15.ª ed., Barcelona, 2002, pág. 25) y GARCÍA VALDECASAS (G.), *Parte general* cit., pág. 72. Esta es la postura adoptada en la redacción de la voz «Ficción» en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, cit., pág. 736, donde se indica que «siendo toda ficción una creación de derecho, es obvio que la facultad de establecerlas reside única y exclusivamente en el legislador y es extraña en absoluto a la potestad judicial», no pudiendo extenderse, por otra parte, «a casos, personas o hechos distintos de aquellos para los cuales expresa y concretamente han sido admitidas por la ley».

Es oportuno recordar aquí que la exclusiva admisibilidad de la ficción legal y el rechazo de la meramente judicial como *ratio decidendi* fue punto fundamental de la argumentación de votos particulares disintiendo de la mayoría de los magistrados que dictaron las STS. de 2 de julio de 1987 y de 3 de marzo de 1989, en que se recurrió, como ya se ha indicado anteriormente, a la «ficción de hembra». En dichos votos se alegaba que la ficción, como instrumento jurídico de solución de conflictos, necesita el apoyo de una disposición legal que expresamente la autorice.

Esta atribución al legislador de la capacidad de configurar ficciones ha llegado a veces a exaltarse exageradamente. El ya recordado jurista catalán Antonio Oliba explica en su *Comentarium de actionibus* cit., pág. 182, que *factum autem secundum veritatem non potest non esse factum vel contra non factum esse factum, sed potest per legem fingi suadente aliqua aequitate*. Esta omnipotencia del legislador de hacer y no hacer a través de la ficción —que idealmente superaría la limitación del poder divino, que *factum infectum fieri nequit*— ya podría ahora, según se vislumbra, por habérsela arrogado antes los jueces, convertir por ficción al hombre en mujer.

<sup>235</sup> Cfr. BALDO, *Ad leg.*, 15 D. 41, 3. La misma idea expresan textos como *ut privilegium personam non egreditur* (Baldo); *non extenditur de persona ad personam, de re ad rem, de locum ad locum* (Altaserra); *in odiosis et exorbitantibus fictio non venit sub nomine veri* (De Luca); o *on ne raisonne pas par induction en matière de fictions, les fictions sont de stricte interpretation* (Laurent, que por esta razón no admitía que de la adopción pudiera derivar parentesco entre el adoptado y los familiares del adoptante y viceversa). En opinión de este último, LAURENT, *Principes de droit civil française*, IV, 5.ª ed., Bruxelles-Paris, 1893, n. 253, de esta restricción sólo se salvaron las escasas ficciones que son, en realidad, un principio general, viendo una de ellas en la conocida ficción romana repetida en nuestras modernas legislaciones de que *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ipsius agitur*.

Significativo es, a este respecto, que en sus sintéticas indicaciones sobre la ficción, MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, V (3.ª ed.), Paris, 1808, pág. 206, exprese que, en el plano hermenéutico, las ficciones no se extienden nunca de un caso a otro.



Se solía pensar al respecto —según palabras de Laurent y siempre bajo la perspectiva de la reserva de ley en materia de ficciones— que «en étendant la fiction, on la créerait, et l'interprète n'a pas ce droit»<sup>236</sup>.

La afirmación de ser la ficción de estricta interpretación arguye la de que *fictio fictionis non datur*<sup>237</sup> y la misma afirmación inclina también a establecer una equiparación entre la ficción, el *privilegium* y la excepción, tal como efectivamente se dedujo por no pocos juristas y desde luego por algunos de los comentaristas del Código civil francés. Sin embargo, es claro que, aunque ficción y excepción pueden absolver finalidades semejantes, según acabamos de indicar a propósito de la *fictio legis Corneliae*, se trata de figuras técnicamente diversas, hasta el punto de que el empleo de una excluye, según hemos visto, el recurso a la otra.

En cuanto que la ficción legal se refiere, según una conocida definición, a «un hecho que no tiene ninguna realidad, pero del que la ley supone la existencia para hacer de él el fundamento de un derecho»<sup>238</sup>, ha provocado a menudo entre los juristas el escrúpulo de que el legislador se sirviese para sus fines de un forzamiento de la verdad atentatorio del orden natural. Esta preocupación, igual que justifica la tesis de la exclusiva admisibilidad de la ficción legal y sus derivaciones hasta ahora indicadas, se encuentra en la base de otra formulación, de todavía más enjundia, que propende a afirmar que una ficción sólo podría admitirse si lo previsto en ella hubiera podido ocurrir realmente según la naturaleza, aunque evidentemente, para que pueda hablarse de ficción, no haya ocurrido de una manera efectiva.

Ese escrúpulo es muy antiguo entre los juristas, de modo que hasta los mismos jurisconsultos romanos, tan desenvueltos en tema de ficción y tan proclives a operar mediante la contradicción con la realidad natural, se consideraron obligados a justificar en algún caso que el hecho acogido en la ficción lo era *ac si in rebus humanis* —o *in rerum natura*— *esse*, de modo que, en el caso del *nasciturus*, el *jam pro nato* sería ciertamente considerado en cuanto pudiera estar posiblemente presente entre los seres humanos<sup>239</sup>.

Más tarde, la influencia cristiana acentuó esta preocupación, de manera que, en el derecho medieval, tanto civil como canónico, ello hizo retroceder, en buena parte, la utilización de la ficción. En efecto, no sólo se abrió paso el razonamiento

---

<sup>236</sup> LAURENT, *Principes de droit civil* cit., IV, núm. 253, pág. 339.

<sup>237</sup> Esta regla conoce muchas variables y se repite frecuentemente en la época medieval: *fictio fictionis esse non potest, sicut servitus servitutis* (Bartolo); *fictio non generat fictionem* (Cino); etc. En el derecho francés moderno, la afirmación del jurista tolosano tardomedieval Guillaume de Jun, en relación a D. 2, 14, 58, de que *fictio non recepit fictionem, sicut servitus servitutis*, ha generado el adagio, que se ha hecho corriente, de que *fiction sur fiction ne vaut*.

<sup>238</sup> Cfr. *Dictionnaire de droit canonique*, V, Paris, 1953, pág. 846.

<sup>239</sup> El prurito de referencia es compartido, en este caso particular, por casi todos los jurisconsultos romanos, como Celso, Juliano, Gayo, Ulpiano y Paulo: véanse, respectivamente, D. 1, 5, 26; D. 38, 16, 7; *Gai Institutiones*, 1, 47; D. 38, 16, 3, 9 y D. 1, 5, 7.

de que la ficción encontraba un cierto límite en la realidad de las cosas que había que respetar —*circa facta*, decía Acursio, *non potest fingit sicut circa iura*<sup>240</sup>—, sino que, desarrollando este planteamiento sintético y elemental, se vino a pensar, en palabras de Baldo, que *super ipso mero et abstracto a iure ius non fingit, quia veritas facti non potest mutari*<sup>241</sup>. Esta afirmación de que la realidad del hecho no puede ser alterada por el derecho daría pie a que el propio Baldo matizase todavía más el alcance de la utilización de la ficción comentando las Decretales, indicando, a propósito de un pasaje de las cuales, que no puede admitirse la ficción contra los hechos, por cuanto que la autoridad de las leyes no puede superar la realidad natural ni abolir, como si faltara, la realidad subyacente a las leyes mismas<sup>242</sup>.

La exigencia de que lo prevenido en la ficción sea posible según la naturaleza se da, desde luego, en la inmensa mayoría de los casos conocidos de ficción legal, como, por ejemplo, cuando se finge que el heredero ha aceptado la herencia en el art. 1.005 del Código civil o que la condición se ha cumplido en el art. 1.119 del mismo cuerpo legal, pero es también claro que en otros casos el hecho fingido en modo alguno podría haber acaecido históricamente: así ocurre, por ejemplo, respecto de muchos de los apartados del art. 334, relativo a la inmovilización de muebles, en el sentido de que algunas de las cosas contempladas en ellos nunca podrían ser inmuebles desde el punto de vista de la naturaleza, como tampoco podría ocurrir, a propósito de las ficciones de la retroactividad del cumplimiento de la condición o de la aceptación de la herencia, contempladas en los arts. 1.120 y 989 del Código civil y 5 del Código de sucesiones de Cataluña, que puedan tener lugar en un tiempo anterior los sucesos que han acaecido en un momento posterior. En consecuencia de todo ello, parece lógico entender que, si se reconoce al legislador la potestad de operar disciplinariamente mediante la ficción, se debe confiar en la prudencia del mismo cuando se le confiere tal posibilidad de actuación. En este sentido, aunque, siguiendo a Cujacio, podemos afirmar que en la mayor parte de las veces *fictio legum veritate potentior est: plus potest quam veritas*<sup>243</sup> o que, de acuerdo con Donello, la ficción *tantum valet in iure quantum veritas*<sup>244</sup>, hay que reconocer también que en otras ocasiones el legislador no ha querido superar mediante la ficción las realidades ontológicas. A este último respecto del legislador por la naturaleza en el sentido de que, según la admonición de Baldo, *auctoritas legum non potest veritatem naturalem tollere*<sup>245</sup>, se debe, en defi-

---

<sup>240</sup> Así, sobre todo, en sus glosas a D. 4, 8, 21; 4, 16, 19; y 41, 2, 23 pr.

<sup>241</sup> Así, BALDO en su comentario a D. 4, 6, 19. Sobre este pasaje y el recordado en la n. anterior volveremos *infra* para aprovecharlos en una perspectiva diferente.

<sup>242</sup> Así, en la obra de BALDO, *Ad tres priores libros decretalium*, a propósito de c. 9, 10, 2, 12, *de dolo et contumacia*.

<sup>243</sup> Cfr. CUJACIO, *Opera omnia*. vol. 7, Neapolis, 1758, col. 363 C y col. 375 E.

<sup>244</sup> Cfr. DONELLO, *De iure civili*. vol. I, pág. 997 n. y vol. III, pág. 575 n.

<sup>245</sup> Así se expresa BALDO a propósito de C. 9, 10, 2, 14.

nitiva, que el art. 29 del Código civil condicione la eficacia de la ficción que contiene al efectivo nacimiento del nascituro favorecido por ella y que el art. 175.1 del mismo cuerpo legal y el art. 115.2 del Código de Familia de Cataluña exijan que, en la filiación ficticia establecida mediante la adopción, haya de tener el adoptante 14 años más que el adoptado<sup>246</sup>.

En relación a las cuestiones ahora examinadas se debe asumir, a mi juicio, una actitud pragmática y no olvidar nunca, como viene a sugerir de manera realista Henry Capitant al definir la ficción, que ésta no es más, aunque tampoco menos, que «un procedimiento de técnica jurídica consistente en suponer un hecho o una situación diferente de la realidad para deducir de ellos unas consecuencias jurídicas»<sup>247</sup>. Puede decirse, en efecto —con una apreciación realista y en formulación, por cierto, bastante moderna— que «la *fictio iuris* consiste en representar en una determinada relación digna de protección jurídica la existencia de presupuestos de derecho o de hecho o, respectivamente, la inexistencia de los mismos, con el fin de hacerle alcanzar los efectos jurídicos que en otro caso no conseguiría»<sup>248</sup>.

En esta misma línea que sugiero, cabe recordar también aquí la postura abierta y posibilista de otro gran jurista galo, François Géný, que ha comprendido, acaso como ningún otro jurista moderno, que la ficción se coloca en la dialéctica del «dato», que deriva de la *natura rerum*, y de lo «construido», en cuya elaboración a veces el jurista se aparta del dato para modelarlo y adaptarlo a las necesidades del ordenamiento. Según este conocido jurista, la ficción debe ser interpretada de manera limitada, pero no por ser una ficción, sino porque debe valorarse de acuerdo con su finalidad, de modo que, si de ordinario la ficción legal consiste en una solución artificiosa para reglamentar un caso puntual y debe interpretarse restrictivamente, puede también encontrarse en ella un principio enucleable que pueda ser extendido con su valor<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> En el sentido indicado en el texto se entendía, en el derecho romano, que, imitando la adopción a la naturaleza, no era posible la adopción de una persona de más edad que la adoptante, pues ello sería, desde el punto de vista de la naturaleza, un verdadero prodigio (*pro mostro*) y que no podían adoptar los voluntariamente castrados: *Instituta*, 1, 11, 4, e igualmente, en la Edad Media, que en la adopción se requería que el adoptante tuviera, en principio, aptitud para procrear, ya que adoptar venía a ser —decía Baldo— como engendrar, si bien se consideró que los que sufrieran castración podían adoptar, pues su impedimento no era de carácter congénito: *fortius est impedimentum naturae quam accidentis*, decía la glosa de Acursio en relación al pasaje antes indicado.

<sup>247</sup> Esta definición de la ficción puede encontrarse en el ya recordado *Vocabulaire juridique*, s. v. «Fiction». Por su parte MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1947, pág. 59, que únicamente admite la ficción que es obra del legislador, expresa que la ficción «consiste en un procedimiento lógico, mediante el cual una norma prescribe que se considere *como si* no subsista una situación determinada, sino otra; como si exista una situación ficticia y no la real» y pone como ejemplos de ficción el efecto retroactivo de la condición cumplida o de la división de la cosa común, el silencio (en algunos casos) o las declaraciones de voluntad hechas y consideradas como no hechas.

<sup>248</sup> En este sentido, ACCARDI-PASQUALINO, s. v., «Fictio iuris», en *Nuovo Digesto italiano*, V, Torino, 1938-XVI, págs. 1104.

<sup>249</sup> Véase al respecto, GENY, *Science et technique en droit privé positif*, vol. III, París, 1921, págs. 434 s.

## 9. Algunos supuestos característicos de ficciones legales

### 9.1. Breve enunciación de «ficciones legis»

Parafraseando a Jacobo Cujacio, podemos decir que las ficciones son muchas en el derecho y en las leyes<sup>250</sup> y, desde luego, se encuentran numerosas, sin salirnos del ámbito de las legales, en el derecho constitucional<sup>251</sup>, en el derecho comunitario<sup>252</sup>, en el derecho administrativo —en el cual destaca la importante figura del silencio<sup>253</sup>—, en el derecho procesal<sup>254</sup>, en el derecho penal —en el que

---

<sup>250</sup> Cfr. CUJACIUS, *Opera, ad parisiensem fabrotianam editionem* cit. col. 1186, indicaba, en efecto, que *fictiones multae sunt in jure et legibus, et fictitiae etiam rationes multae, quas introduci oportuit et admitti, rerum, ut ratio postulat et aequitas, expedientiarum causa*.

<sup>251</sup> PÉRRER SERRANO, *Las ficciones en el derecho constitucional* cit., se refiere al famoso art. 29 de la ley electoral de 1907, en el que la proclamación se hacía equivaler a la elección, al supuesto del silencio del Jefe del Estado en relación a la sanción de las leyes o a la amnistía. Recuerda como caso singularísimo de ficción, en este caso producto de una convención constitucional inglesa, según el cual, para que pueda presidir la Cámara de los Lores un Gran Canciller o Ministro de Justicia que no sea Par del Reino sino *commoner*, se le hace sentar sobre un gran almohadón o saco de lana (*wolsack*) cubierto por un paño, de manera que, mediante la ficción de que dicho asiento presidencial no estaba en contacto directo con el recinto de la Cámara Alta, lo puede ocupar —como si se tratase de un supuesto de extraterritorialidad— quien no pertenece a la nobleza (págs. 48 s.).

<sup>252</sup> La S. del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 2000, n.º 34 (asunto C-383/98), por referencia al Reglamento 2913/1992/CEE, de 12 de octubre de 1992, Código aduanero, modificado por el Reglamento del Consejo 241/1999/CEE, de 25 de enero de 1999, declara que, en el llamado tránsito externo de mercancías no comunitarias, se considera, por una ficción jurídica, que dichas mercancías no han entrado en territorio comunitario, con la finalidad de que no queden sujetas a los derechos de importación ni a las demás medidas de política comercial.

<sup>253</sup> La consideración de ficción legal, y no de acto administrativo, del silencio administrativo negativo —art. 43.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, redactado conforme a la Ley 4/1999, de 13 de enero—, cuya finalidad es facilitar el acceso a la vía judicial, ha sido constante en la jurisprudencia: cfr. STS. de 17 de enero de 1977, 3 de julio de 1978, 24 de febrero y 14 de noviembre de 1988, 27 de enero y 17 de junio de 1989, 10 de diciembre de 1990, 22 y 23 de abril de 1992, 25 de marzo de 1993, 29 de noviembre de 1995, 15 de enero, 20 de abril, 25 y 28 de octubre de 1996, 19 de julio de 1997, etc., con doctrina asimismo asumida en la llamada jurisprudencia constitucional: cfr. STC 6/1986, de 21 de enero, 204/1987, de 21 de enero, o de 3 de abril de 1995. Véase, sin embargo, el dictamen 423/1994, de 2 de junio, del Consejo de Estado, que considera que, como consecuencia de la Ley 30/1992, el silencio negativo «deja de ser una ficción legal de efectos puramente procesales o, según los casos, procedimentales para convertirse en un acto administrativo», doctrina cuyos desenvolvimientos prácticos no acogió la STS. de 26 de febrero de 1996.

Para un minucioso examen de la significación del silencio administrativo negativo en sus diversos aspectos doctrinales, jurisprudenciales y prácticos es útil el libro, coordinado por Sala Sánchez, A.A.V.V., *Comentarios a la reforma del procedimiento administrativo (análisis de la Ley 4/1999)*, Valencia, 1999, págs. 133 a 187, en donde se concluye que el silencio negativo pasa a ser en el art. 43 de la Ley 30/1992, redactado por la Ley 4/1999, al igual que lo era en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, una ficción legal a efectos procesales, continuándose configurando el positivo (si bien —habría que decir— ficticiamente, desde el punto de vista de la realidad material) como un verdadero acto administrativo.

Sobre la naturaleza del silencio administrativo negativo como ficción legal de efectos exclusivamente procesales se pronuncian resueltamente GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, Madrid, 1990, págs. 577 s.

Con carácter general, puede señalarse la interesantísima contribución de COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif* cit., estudio de indudable valor doctrinal con el que sólo he podido hacerme cuando este pequeño trabajo se había dado por acabado.

<sup>254</sup> Véase sobre este punto CIPRIANI, *Le finzioni nel processo civile*, en *Rassegna di diritto civile*, 2002, págs. 51 a 65, también recogido en *Le finzioni del diritto* cit., págs. 89 a 106.

hay que recordar la figura, ya aludida, del delito continuado—, en el derecho laboral y de la seguridad social<sup>255</sup>, en el derecho fiscal<sup>256</sup>, en el derecho mercantil<sup>257</sup> y en el derecho civil.

Por lo que a este último se refiere, y comenzando por la persona física, las ficciones legales aparecen de inmediato, tanto en lo que atañe al inicio de la personalidad o a su domicilio<sup>258</sup> como, acaso, en lo que atañe a su extinción. En efecto, la ficción es —según ya se ha aludido— el recurso a través del cual tradicio-

---

Una referencia clásica a la idea de la ficción se ha tenido desde antiguo respecto de la llamada *ficta confessio*, por la que se permitía al juez tener por confeso al deponente en caso de evasivas. La figura, antes contemplada por el art. 586 Lec. 1881, va desapareciendo como categoría específica en algunos ordenamientos, si bien algunos juristas reclaman con una cierta vehemencia, como en Italia el antes citado procesalista, su repristinación. En relación a la llamada *ficta confessio* ha precisado entre nosotros MUÑOZ SABATÉ, *La prueba de la simulación (Semiótica de los negocios jurídicos simulados)*, Barcelona, 1972, pág. 92, que no se trata propiamente de una ficción en sentido jurídico, en cuanto que se instituye una potestad arbitraria del juzgador, concedida sobre la base de una máxima de experiencia.

<sup>255</sup> De interés, en relación a este punto, LOFARO, *Funzione e finzione della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Milano, 1999.

En el derecho italiano, por ejemplo, se considera reiteradamente por la jurisprudencia, tanto de la Corte de Casación como, en su caso, del Consejo de Estado, que constituye un supuesto claro de ficción legal la regla del art. 2126 Cc. it., que prevé la validez de la relación laboral nula al solo y limitado efecto de que sean abonadas al trabajador las retribuciones y las prestaciones accesorias a las mismas por el periodo de efectiva prestación de la actividad.

<sup>256</sup> Las abundantes ficciones que se formulan en los textos legales de derecho tributario, referidas habitualmente a la norma que impone, basándose en un hecho conocido cuya existencia es cierta, la certeza jurídica de la existencia de otro desconocido y cuya existencia es improbable o falsa porque falta correlación entre los dos hechos, y a las que se atribuyen, en particular, las funciones de técnica de reducción simplificadoras de las ficciones tributarias, de técnica de eficacia respecto de la gestión y la recaudación de los impuestos y de instrumento de lucha contra el fraude fiscal, han merecido una reiterada atención de los especialistas españoles a partir de unas jornadas sobre el tema celebradas en 1968, cuyos trabajos se recogen en la *Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero de 1968*, Madrid, 1970, con contribuciones de Basanta de la Peña, Martín Oviedo, Pérez de Ayala y Rodríguez Pérez, dando lugar a la adaptación de su ponencia al libro de PÉREZ DE AYALA, *Las ficciones en el derecho tributario*, Madrid, 1970, que puede considerarse, en cierto modo, como pionero entre nosotros en esta materia. Merecen también señalarse aquí por su interés, sin hacer referencia a trabajos menores o sobre impuestos concretos, a veces de indudable valor, las contribuciones de ESEBERRI MARTÍNEZ, *Presunciones legales y derecho tributario*, Madrid, 1995; MARÍN BARNUEVO, *Presunciones y técnicas presuntivas en derecho tributario*, Madrid, 1996; y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, *Los fenómenos encubiertos de doble imposición en el derecho español*, Barcelona, 1998. En la literatura extranjera cabe recordar, además de la contribución de KRINGS, *Fictions et présomptions en droit fiscal*, en *Les présomptions et les fictions en droit* cit., págs. 162 a 185, el libro de NAVARRINE y ASOREY, *Presunciones y ficciones en el derecho tributario*, Buenos Aires, 1995.

<sup>257</sup> Un caso de ficción, aunque disfrazada de presunción calificable *de iuris et de iure* (según se desprende del dictado del art. 592) se encuentra en el art. 589.1 del Ccom. en el que se prescribe que « si dos o más personas fueren partícipes en la propiedad de un buque mercante, se presumirá constituía una compañía por los copropietarios.

Una muy curiosa ficción legal en materia de quiebra se encuentra en el derecho italiano, en el que el art. 11 del Real Decreto de 16 de marzo de 1942, n.º 267, vigente, considera como todavía vivo, a los efectos de que dentro del año siguiente a su fallecimiento pueda ser declarado quebrado, al empresario que ya está muerto.

<sup>258</sup> Cfr. art. 40.2 Cc.

nalmente se han atribuido derechos patrimoniales al nascituro, operando la misma mediante el mecanismo previsto en el art. 29 del Código civil<sup>259</sup> y no sería del todo arbitrario, a lo que creo, pensar que se conecta más bien con la idea de ficción la llamada presunción de comoriencia a que se refiere el art. 33 del mismo cuerpo legal<sup>260</sup>.

En la reglamentación de la fundación y en cuanto a la exigencia legal de que su dotación sea suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales, constituye, a lo que creo, una ficción, aunque se formule como presunción, la regla de la proposición segunda del art. 12.1 de la ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que considera suficiente a la dotación «cuyo valor económico alcance los 30.000 euros».

Al igual que ocurre en el caso de las personas, también la consideración de las cosas se lleva a cabo a veces por el legislador mediante el empleo de la ficción. Así ocurre, en efecto, respecto de los supuestos legales de la inmovilización de los bienes muebles, prevista en el art. 334 del Código civil o en el art. 1.2 de la ley de hipo-

---

<sup>259</sup> Sobre este precepto, véase, además de las indicaciones en relación a esta ficción legal contenidas en LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS, *Elementos de derecho civil*, I-2 (3.ª ed.), Madrid, 2002, págs. 15 a 20, el interesante comentario al art. 29 Cc. debido a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Comentarios al Código civil* (coordinados por Rams), II-1, Barcelona, 2000, págs. 259 a 290, esp. pág. 286.

ARROYO AMAYUELAS, *La protección al concebido en el Código civil*, Madrid, 1992, pág. 97, observa que el art. 29 Cc. no otorga al nascituro «una personalidad cimentada en una ficción jurídica», sino que «el Cc. establece una ficción en el mecanismo de protección al concebido» y, en concreto, en cuanto a que los efectos del nacimiento se retrotraen al momento de la concepción.

Sobre el aspecto ficticio de la regla en cuanto a sus precedentes, vid. MALDONADO, *La condición jurídica del «nasciturus» en el derecho español*, Madrid, 1946, págs. 214 ss.

<sup>260</sup> La idea de ficción legal podría también ser reclamada, probablemente, en relación a la extinción de la personalidad. En efecto, puede considerarse, en cierto modo, como ficción la impropriadamente llamada presunción de comoriencia del art. 33 del propio Código, puesto que, haciendo referencia la presunción a la prueba, la virtualidad de la regla que el precepto establece depende precisamente, en su formulación, de la comprobación de que no se puede probar la muerte de las personas afectadas en momentos distintos o, como dice la sentencia de 4 de diciembre de 1948, de la comprobación de que «el estado de duda existe». A este propósito, y sobre el verdadero sentido del art. 33 Cc. y la regla que contiene, a la que considera como una «solución neutra que no supone ninguna presunción, sino todo lo contrario», vid. la plausible postura, aunque su punto de vista sea poco compartido, de BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, pág. 169. De manera más adecuada que en nuestro ordenamiento, el art. 4 Cc. it. establece la ficción de que, si no consta quién de varias personas ha muerto primero, se consideran todas ellas fallecidas en el mismo momento: a la ficción que, efectivamente, contiene dicha norma, se refiere RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975, pág. 37.

No hay que olvidar que la regla se introdujo positivamente para superar la gran cantidad de presunciones de supervivencia acumuladas históricamente en los países de tradición romanística —así en nuestras Partidas (7, 33, 12) respecto al marido en relación a la mujer, a los padres en relación al hijo menor de 14 años o al hijo mayor de 14 años en relación a los padres— y que pasaron al Código civil francés. Es de notar que el precepto de nuestro Código tiene como presupuesto implícito el rechazo de la máxima tradicional *momentum mortis vitae tribuitur*, que, en su caso, daría lugar, en este concreto supuesto, a consecuencias ciertamente paradójicas: sobre el posible alcance de la máxima en cuestión puede verse el estudio de CARUSI, *Momentum mortis vitae tribuitur? Del danno da uccisione e di alcune questioni in materia di condizione*, en *Le finzioni del diritto* cit., págs. 49 a 58.



teca naval<sup>261</sup>, de la movilización de ciertas entidades incorporales, contemplada en el art. 336 del propio Código, o de la percepción día a día de los frutos civiles por parte del usufructuario, establecida en el art. 447 del mismo cuerpo legal. En todos estos casos se recurre a la ficción por parte del legislador por razones de conveniencia o utilidad en relación a la circulación de las cosas<sup>262</sup> o, en el supuesto de la percepción de los frutos civiles, porque, mediante la ficción, aunque el usufructuario tiene derecho a adquirir dichos frutos y a exigirlos cuando vencen, se quiere prevenir la eventualidad de que su vencimiento tenga lugar después de terminado el usufructo, según contempla el precedente art. 473, de forma que así se asegura, tal como vienen a significar los preceptos citados, que los frutos civiles «corresponden al usufructuario (y en lo pertinente al nudo propietario) en proporción a la duración de su derecho»<sup>263</sup>.

En tema de posesión de las cosas cabe recordar aquí el supuesto legal de la llamada posesión civilísima establecido en el art. 440 del Código civil, cuyo carácter ficticio es puesto habitualmente de relieve por la doctrina<sup>264</sup> y es también señalado por la jurisprudencia<sup>265</sup>, así como también la ficción legal de la continuidad posesoria, relevante a los efectos de la prescripción adquisitiva, del art. 466 del Código civil. Otra conocida ficción legal relativa a la posesión de las cosas se contempla en el art. 450 del mismo Código, por consecuencia de cuyo precepto y de modo contradictorio con la realidad, se da lugar figuradamente a la permanente posesión exclusiva por parte de su adjudicatario de la porción separada de la cosa que hasta la división se ha poseído por los condueños en común<sup>266</sup>.

La opción legislativa de tener el contrato únicamente eficacia obligatoria y no trascendencia real, claramente afirmada en los arts. 609.2, 1095, 1445 y 1461 del Código civil, que facilita la compra de una cosa futura y plantea problemas respecto de los riesgos de la cosa vendida y todavía no entregada, tiene la ventaja de la mayor seguridad para el comprador pero el inconveniente para ambos con-

---

<sup>261</sup> Cfr. art. 1.2 de la Ley de 21 de agosto de 1893.

<sup>262</sup> Véase, no obstante, en relación a los límites de la extensión objetiva de la hipoteca, el art. 111 Lh.

<sup>263</sup> Cfr., a propósito de esta ficción legal, LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS, *Elementos de derecho civil*, III-2, Madrid, 2001, pág. 22.

<sup>264</sup> Véanse, en este sentido, DÉZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, III (7.ª ed.), Madrid, 2001, págs. 104 s.

Algún expositor parece desentenderse del carácter ficticio de la posesión civilísima en razón de «la común convicción de tratarse de un efecto legal»: cfr., ESPÍN, *Manual de derecho civil español*, II (7.ª ed.), Madrid, 1985, pág. 67, pero esta afirmación no deja de sorprender, puesto que todas las ficciones legales —sobre la base, como en este caso, de entrañar un contraste con la realidad— se proponen dar lugar a un efecto legal.

<sup>265</sup> Cfr. STS. de 6 de marzo de 1991. Sobre el posible entronque de la figura con la *saisine* francesa y el origen germánico de la misma, véase la importante STS. de 9 de junio de 1964. En relación al origen de la figura, vid., sin embargo GARCÍA GARRIDO, *Contributo di Baldo alla teoria sulla «possessio civilissima»*, en *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, II, Torino, 1968, págs. 239 a 248.

<sup>266</sup> Vid. LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS, *Elementos cit.*, III-1, Madrid, 2003, pág. 54 y la referencia que hacen al parecer de Hernández Gil.



tratantes de la doble operación de la contratación y de la entrega-recepción. Como bien se sabe, en otros ordenamientos, menos respetuosos con los precedentes romanos, se ha dado lugar a la transmisión de la propiedad y de los derechos sobre las cosas por el mero consentimiento. En el nuestro, que tiene como punto de partida el derecho romano, se ha encontrado una vía en cierto modo intermedia mediante el recurso a la ficción, al considerar posible, como alternativa a la tradición real a que se refiere el art. 1462.1 del Código, la *ficta traditio* a que se refieren los arts. 1462.2 y 1463 del propio cuerpo legal<sup>267</sup>. Como es fácil de comprender, en este caso la ficción ha servido —según supone uno de sus cometidos tradicionales— para dar salida, salvando los criterios vigentes en el derecho viejo, a las necesidades surgidas por los problemas nuevos<sup>268</sup>.

Un caso claro de ficción, aunque enmascarado bajo el rótulo de presunción, se contiene en el art. 1262.2 del Código civil, cuando en su proposición segunda establece, respecto del contrato celebrado entre personas ausentes, que se tendrá por «celebrado en el lugar en que se hizo la oferta».

Por lo que se refiere al usufructo y a la hipoteca que puede recaer en el mismo, pueden también proponerse ciertas disposiciones normativas reportables al supuesto de la ficción legal. En efecto, habrían seguramente de considerarse tales aquellos casos en que, por razones de conveniencia cifradas en la protección del acreedor hipotecario, y aunque se haya extinguido realmente el usufructo, se le considera, en cambio, como legalmente subsistente a los solos efectos de constituir continuamente objeto de la hipoteca que sobre dicho usufructo se hubiera constituido, de acuerdo con lo previsto en los arts. 513, núms. 3.º y 5.º, y 520 del Código civil<sup>269</sup>. Un caso en cierto modo paralelo, pero en realidad referido al derecho de propiedad del suelo y al derecho de superficie, se encontraba en el apartado 5 del art. 289 de la ley del suelo de 1992, a tenor del cual, si por cualquier causa se reunieren en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y de superficie, las hipotecas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarían gravándolos separadamente, de manera que, mediante esta ficción legal y a los solos efectos de la garantía hipotecaria, se vendrían a salvaguardar mejor los derechos de los respectivos acreedores garantizados.

---

<sup>267</sup> A dicha alternativa se refiere la STS. de 24 de mayo de 1980 y de *ficta traditio* habla la STS. de 21 de mayo de 1982. Para una explicación de la *traditio ficta* instrumental, vid. S. de 4 de abril de 2002.

<sup>268</sup> Podríamos aplicar también aquí la idea de JHERING sobre la ficción en el sentido de entrañar al misma «la solución científicamente imperfecta de un problema»: cfr. JHERING, *El espíritu del derecho romano* cit., pág. 331.

<sup>269</sup> Cfr., LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS, *Elementos* cit., III-2, pág. 242. También se podría, sin duda, hablar de una ficta subsistencia del usufructo hipotecado en relación al supuesto contemplado en la proposición segunda del art. 107, 1.º, Lh.

Como se sabe, esta suerte de persistencia, a los efectos hipotecarios, del usufructo después de extinguido ha llevado a la Dirección General de los Registros a admitir una especie de pseudo-constitución de usufructo en orden a la hipotecabilidad del contenido dominical que sería objeto, si existiese, del usufructo en cuestión: cfr., al respecto, la interesante resolución de 17 de mayo de 1968.

En la reglamentación de la contratación son bien conocidos los supuestos de ficción legal relativos a tener por no puesta la condición de no hacer una cosa imposible, contemplado en el art. 1116.2 del Código civil y en el que en realidad no se da un verdadero caso de aposición de una condición, y —sobre todo— al cumplimiento ficticio de la condición, cuando el deudor impida voluntariamente su cumplimiento, previsto en el art. 1119 del Código. A la ficción legal a que se recurre en este precepto, cuyo paralelo en sentido inverso —previsto en el Código civil alemán<sup>270</sup>— sería el destinado a constituir el incumplimiento ficticio de la condición cumplida<sup>271</sup>, se refiere expresamente, con cita de la sentencia de 9 de marzo de 1987, la sentencia de 23 de mayo de 1996<sup>272</sup>, y a la misma se refiere frecuentemente la doctrina<sup>273</sup>.

También en punto de contratos, si como tal se considera a la donación, cabe recordar la ficción que, también so capa de presunción, se contiene en el art. 643.2 del Código civil, según evidencia su propia formulación: «se presumirá siempre hecha la donación en fraude de acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella»<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> Cfr. § 162 del BGB. El cumplimiento ficticio de la condición puede, en cambio, prevenirse en el derecho alemán negocialmente.

<sup>271</sup> La admisión deductiva de la ficción de incumplimiento de la condición cumplida chocaría, en todo caso, con el carácter restrictivo con que las ficciones deben acogerse según la *communis opinio*. Sin embargo, es claro que, desde un punto de vista sustantivo, también puede faltar a las reglas de la buena fe y de la corrección la parte que provoque indebidamente el cumplimiento de la condición: véanse, sobre este punto, CARUSI, *Appunti in tema di condizioni*, en *Rassegna di diritto civile*, 1996, págs. 91 ss. y TRIMARCHI, *Finzione di averamento e finzione di non averamento della condizione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, págs. 809 ss.

<sup>272</sup> En el supuesto de hecho de esta STS. se había sujetado la eficacia de la venta de una vivienda a la obtención de la calificación de protección oficial, declarándose que, por aplicación del precepto en cuestión «sobre el llamado incumplimiento ficticio de la condición», debía considerarse plenamente vigente el contrato, pese a no haberse obtenido la calificación, por ser ello consecuencia de unas modificaciones constructivas introducidas por el comprador demandante y luego recurrente en casación.

Sobre el juego operativo del art. 1119 Cc., véanse interesantes desenvolvimientos en STS. de 6 de mayo de 1989, fundamento jurídico V.

A la ficción del cumplimiento de la condición en relación al art. 1359 Cc. it., paralelo a nuestro art. 1119, se refiere de manera repetidísima y constante la jurisprudencia italiana.

<sup>273</sup> Así, por todos, ALBALADEJO y GARCÍA-VALDECASAS (G.), ops. y locs. cit. En la doctrina italiana, puede decirse que hay una orientación casi unánime por considerar el supuesto legal referido como un caso claro de ficción, si bien PECCENINI, *La finzione di averamento della condizione*, Padova, 1994, págs. 5 s. reduce la ficción contenida en el art. 1359 Cc. it. a un simple expediente verbal.

Frente a la doctrina italiana dominante de operar la ficción únicamente en el caso de ser la condición causal o mixta: así, DE CUPIS, *Condizione potestativa e finzioni di averamento* (nota a la S. Cass. 24-4-82), en *Giurisprudenza italiana*, 1983, fasc. 11 (nov.), págs. 1719 a 1732, sobre la posibilidad de aplicar la ficción de cumplimiento a la condición potestativa, véanse las interesantes consideraciones de VITUCCI, *Condicio est in obligatione ex lege (sulla finzione di averamento e la condizione potestativa)*, en *Rivista di diritto civile*, 1998, págs. 10 a 24.

<sup>274</sup> Véase, a este respecto, SERRA DOMÍNGUEZ, *De las presunciones*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Albadarejo), XVI-2, Madrid, 1991, pág. 659.

En el ámbito del derecho de familia, y en relación a la regulación del matrimonio, es claro que también recurre el legislador a la técnica de la ficción cuando en el art. 45.2 del Código civil establece que se tendrán por no puestos la condición, el término o el modo en el consentimiento matrimonial —lo cual no es, en definitiva, sino una manera alternativa de expresar la regla *vitiatur sed no vitiat*— y que también se acude a tal instrumento legal en la figura del matrimonio putativo, que, por no haber tenido nunca lugar, no podría, como en cambio dice el art. 79 del Código civil, haber producido efectos, que no obstante la ley le reconoce ficticiamente, como si el matrimonio fuera válido, hasta la declaración de su nulidad. Otro supuesto legal de ficción en el ámbito de derecho de familia se encuentra, a mi juicio, aparte del que entraña la adopción<sup>275</sup> o de los que pueden darse en tema de filiación, en el número 5.º del art. 82 del Código civil, a propósito de la configuración de la causa de separación consistente en el cese de convivencia conyugal durante seis meses, para el caso del silencio, que de por sí ni afirma ni niega, de uno de los esposos.

Finalmente, en la disciplina del derecho sucesorio no faltan tampoco supuestos de ficción, aparte del ya mencionado caso de la posesión civilísima. A este propósito pueden indicarse el efecto retroactivo de la aceptación de la herencia del art. 989 del Código civil, el supuesto contemplado en su art. 1005, en el que se finge que, en ciertas condiciones, el heredero silente ha aceptado la herencia y los casos comprendidos en los arts. 792 y 793 del mismo Código, relativos a no haberse de tener por puestas las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres<sup>276</sup> o, en principio, la absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio<sup>277</sup>. También se considera un caso de configuración de una fic-

---

Algo semejante podría pensarse del art. 1297.1 Cc., de cuya norma, si bien la jurisprudencia tendió a considerar que entraña una presunción *iuris tantum* (STS. de 14 de enero de 1935 y de 26 de septiembre de 1974), la mejor doctrina opina que constituye una presunción absoluta que no admite prueba en contrario: cfr., con referencias a De Castro, Lacruz y Albaladejo, MORENO QUESADA, *Comentario al código civil*, t. II, Madrid, 1991, págs. 536. En sentido esencialmente coincidente, STS. de 7 de noviembre de 1984. En realidad, la presunción del art. 1297.1 «ha de entenderse como una ficción: como una simple equiparación entre el requisito del *consilium fraudis* y la presencia del título gratuito a efectos de la concesión de la acción»: cfr. LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS, *Elementos* cit., II-1, Madrid, 2003, pág. 246.

<sup>275</sup> En razón de su carácter ficticio, se habla a veces de filiación civil en relación a la filiación adoptiva: así, por ejemplo, PACIFICI-MAZZONI *Istituzioni di diritto civile italiano*, VII-2, Torino, 1927, pág. 118.

<sup>276</sup> En relación a esta previsión legal, observa con cierta ironía TERRÉ, *Introduction general au droit* cit., pág. 341, en relación al art. 900 Cc. fr., que se produce «como si las condiciones escritas no lo fueran».

<sup>277</sup> A propósito de la diferente transcendencia que a la aposición de condiciones imposibles o contrarias a las buenas costumbres dan los ahora citados arts. 792 y 793 Cc. en relación al testamento y el art. 1116.1 en relación a los contratos, que resultarán nulos, la doctrina suele referirse al *favor testamenti* y a la imposibilidad de volver a formular el acto de última voluntad. En un plano puramente formal se podría también colocar esta suerte de contradicción, a propósito de las condiciones imposibles, en la diversa referencia temporal de la aposición testamentaria —*mortis causa*— y la contractual —*inter vivos*— de la condición: a este propósito sería, acaso, de cierto interés,

ción legal la regla relativa a la llamada revocación real del testamento cerrado, contenida en el art. 742 del Código civil<sup>278</sup>.

También son numerosos los supuestos de ficción legal que se encuentran en el Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña. Sin ánimo de ser exhaustivo, pueden citarse al respecto el art. 5, sobre retroactividad de la aceptación de la herencia; el art. 25.1 sobre haberse de tener como no formuladas las condiciones o restricciones en la aceptación y repudiación de la herencia; el art. 28.3 sobre el significado del silencio del interpelado *in iure* para que acepte o repudie la herencia; el art. 40.2 sobre la retroactividad de los efectos del derecho de acrecer al tiempo de la delación; el art. 110.2 *in fine* sobre las disposiciones testamentarias ininteligibles; el art. 154.1 y 2 sobre haberse de tener por no formuladas en la institución de heredero la condición resolutoria y los términos suspensivos y resolutorios y haber lugar a la adquisición de la herencia con efecto retroactivo por parte del heredero condicional, una vez cumplida la condición suspensiva; el art. 157.3 sobre cumplimiento ficticio de la condición testamentaria; el art. 158 en relación a no tener por puestas las condiciones imposibles, irrisorias o perplejas; el art. 159 en relación a no tener por formuladas las condiciones ilícitas; el art. 165.1 en relación a no tenerse por ordenado el modo de cumplimiento imposible o ilícito; el art. 267.2 sobre la no delación del legado al legatario que lo repudia; y el art. 360.1 en orden a no considerar formuladas las condiciones, términos, modos, usufructos, fideicomisos u otras limitaciones y cargas impuestos a la legítima<sup>279</sup>.

## 9.2. Clases de ficciones legales

Algunas de las agrupaciones clasificatorias de las *fictiones iuris* indicadas anteriormente con carácter general pueden proporcionar válidos índices de dis-

---

que desbordaría este lugar, aprovechar algunas reflexiones de KANT, *De mundi sensibilis atque intelligibilis*, cit., págs. 147 y ss., sobre la apreciación temporal de lo posible y lo imposible.

<sup>278</sup> Vid., a este propósito, SERRA DOMÍNGUEZ, op. y loc. citis.

<sup>279</sup> La posesión civilísima o ficticia no se admite, en general, en el derecho sucesorio catalán, según se desprende de la conocida regla sobre la adquisición de los bienes hereditarios contenida en el art. 6 del Código de sucesiones por causa de muerte, pero la adquisición de dichos bienes *ipso iure* se conoce, en cambio, desde antiguo —calificada históricamente por la doctrina de posesión *artificiosa, ficta, imaginaria, mentalem, civilissima* o *dativa*, en cuanto mero producto de la voluntad del legislador—, en relación a la tenuta. El art. 39.1 de la Compilación del derecho civil de Cataluña, de posible aplicación en virtud de la disposición transitoria segunda de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, y que deriva directamente de las precisiones que en relación a la constitución *Hac nostra* de 1351 hizo la constitución filipina *Declarant* de 1564, dispone, en efecto, en beneficio de la viuda, que «la posesión en caso de tenuta se adquirirá automáticamente por ministerio de la ley.» Véase, sobre estas cuestiones, las estimables consideraciones de TORRELLES, *La possessio civilissima i la possessió de l'hereu*, Barcelona, 1994, pág. 75 a 118.

La figura de la posesión civilísima, recayente en este caso sobre unas acciones, fue, por cierto, como se sabe, una de las cuestiones que afectaron a la solución del asunto de *La quiebra de la Barcelona Traction*, sobre la que dictaminaron en diversos volúmenes de este título juristas tan prestigiosos como Ballbé, Escobedo, García-Valdecasas, Garrigues, Gil-Robles, Guasp, Polo, Sureda o Uría: vid., por ejemplo, en relación a la posesión civilísima, los dictámenes de Polo-Ballbé, 1951, págs. 377 ss. y de Uría, 1953, págs. 101 ss.

cernimiento taxonómico aplicables específicamente a las *fictions legis*. Así por ejemplo, según lo que ya antes se ha expuesto, las ficciones legales podrían distinguirse, por su objeto, en ficciones relativas a circunstancias, a lugares, a personas y a cosas.

Ahora conviene examinar, empero, las técnicas a través de las cuales la ficción legal alcanza su característica virtualidad asimilatoria, consistente en la «equiparación funcional y derivada de relaciones esencialmente diferentes, practicada mediante el empleo impropio de categorías primarias y con la finalidad de obtener una misma solución práctica»<sup>280</sup>, para proponer una nueva suerte de clasificación específica de las ficciones legales desde un punto de vista de carácter fundamentalmente formal<sup>281</sup>.

En el sentido ahora señalado, las ficciones legales pueden calificarse, en primer lugar, de ficciones terminológicas, según prefiere el belga Paul Foriers<sup>282</sup>, o de ficciones definitorias, como más oportunamente propone el italiano Salvatore Pugliatti<sup>283</sup>. Ejemplos eminentes de este tipo de ficciones legales los encontramos en los arts. 334 y 336 del Código Civil, que califican de bienes inmuebles a cosas que son muebles por naturaleza o de bienes muebles a entidades que de suyo en absoluto podrían merecer tal calificación<sup>284</sup>, o bien en el art. 1462.2 del mis-

---

<sup>280</sup> Tomo esta expresión de DELGADO OCANDO, *La fiction juridique dans le code civil vénézuélien*, en *Les présomptions et les fictions en droit* cit., pág. 89. El trabajo ahora recordado del magistrado venezolano y antiguo profesor de la Universidad del Zulia ha sido luego desarrollado dando lugar al libro del mismo DELGADO OCANDO, *Ficciones y presunciones en el código civil venezolano* (2.ª ed.), Caracas, 2001, que he podido obtener gracias a la generosidad de un antiguo alumno. En ambos estudios se diseña una clasificación de las ficciones que en buena parte coincide con la desarrollada en este pequeño trabajo.

<sup>281</sup> Cosa distinta de la técnica mediante la cual las ficciones legales consiguen su operatividad normativa es el mecanismo empleado para su configuración. En este sentido, si lo habitual es que la formulación de la *fiction legis* se cifre directamente en el enunciado de una simple norma legal, es también posible que pueda tener lugar como resultado de una ley interpretativa, categoría normativa poco usual entre nosotros. En efecto, aunque la finalidad de la llamada interpretación auténtica debería circunscribirse a «enderezar de un error en la comprensión de la voluntad del legislador», no puede excluirse que el propio legislador atribuya a la norma interpretada, mediante la norma interpretativa, un sentido distinto de la que le fue dado por su legislador originario. Ahora bien, una vez intervenida la interpretación auténtica, la ley interpretativa se identifica con la ley interpretada, de manera que ésta debe ser considerada como habiendo tenido siempre —aquí radicaría, en su caso, la ficción— «el sentido que el legislador le atribuye autoritariamente, en virtud de su derecho de interpretación»: vid., sobre esta interesante cuestión que atañe también a graves asuntos de teoría jurídica general, FORIERS, *Présomptions et fictions*, en *Les présomptions et les fictions en droit* cit., págs. 20, 21 y 23. En tema de leyes interpretativas, también se plantea el problema de la configuración de carácter ficticio de su posible retroactividad.

<sup>282</sup> Vid., en este sentido, FORIERS *Présomptions et fictions* en *Les présomptions et les fictions en droit* cit., págs. 17 a 19.

<sup>283</sup> Cfr. PUGLIATTI, s.v. «Conoscenza», en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, pág. 88, que las consideraba, sin embargo, poco justificadas y preferibles a ellas las puras y simples definiciones.

<sup>284</sup> La STS. 3 de julio de 1987, a propósito del art. 334, 5.º, Cc., habla de «transformarse» un bien mueble por naturaleza en bien inmueble por incorporación. A un caso de desinmovilización o movilización de inmuebles se refiere la STS. 30 de marzo de 2000.

mo cuerpo legal, que otorga el carácter de tradición a la formalización del contrato de compraventa mediante escritura pública, a pesar de faltar por completo la entrega material que habría de ser, por principio, ineludible para que haya transmisión de la propiedad de la cosa vendida al comprador<sup>285</sup>. En estos casos, en que legalmente se da a ciertas situaciones de hecho una calificación manifiestamente contraria a la realidad ontológica —e incluso a su conceptualización comúnmente admitida—, la ficción legal se contrae propiamente a una simplificación de la que se ayuda el legislador para dotar declaradamente a cosas o situaciones diferentes de un mismo tratamiento jurídico<sup>286</sup>.

En otras ocasiones, el proceso asimilatorio que la ficción entraña es utilizado por el legislador a través de expresiones elípticas o abreviadas en relación a la *mens legis*<sup>287</sup>. En este caso, a cuyas características responde el mayor número de las ficciones que se contienen en los textos positivos, las ficciones comportan igualmente verdaderas asimilaciones equiparatorias que, de manera inmediata, tienden a provocar las mismas consecuencias jurídicas para hechos diferentes, si bien para ello es preciso hacerse una representación más cabal de los propósitos perseguidos por el legislador. Tal ocurre, por ejemplo, cuando la ley expresa en los arts. 792, 793 o 1116 del Código Civil que ciertas condiciones se tendrán por no puestas, que en ciertos casos —como el contemplado en el art. 1119 del mismo cuerpo legal— ha de tenerse por cumplida la condición no realizada o que, en otras ocasiones, ciertas conductas, como la aceptación de la herencia, tengan, según previenen los arts. 989 del Código Civil y 5 del Código de Sucesiones de Cataluña, la virtualidad, lógicamente imposible, de producir efectos retroactivamente. Para estos casos de ficción legal cabría acaso reservar la calificación de ficciones simplemente disciplinares o normativas.

Hay supuestos, finalmente, en que las ficciones legales sólo alcanzan trascendencia a través de una norma complementaria, sin cuya mediación su virtualidad no sería posible. Así, cuando el Código Civil prevé, en su art. 581, el usufructo de las cosas consumibles, violentando el modelo usufructuario que se contrae ordinariamente al que desciende de la regla *salva rerum substantia*, incurre en la ficción de integrar a dichas cosas en el régimen del usufructo, de manera que, para

---

<sup>285</sup> Un supuesto de ficción definitoria se encuentra, en el derecho comunitario, en la Directiva 314/90/CEE sobre viajes, vacaciones y circuitos «todo comprendido» (viaje combinado), en donde se califica de vendedor a quien no lo es, refiriéndose a «la persona que vende u ofrece en venta servicios todo comprendido propuestos por el organizador». La Ley 21/1995, de 6 de julio, de viaje combinado, que transpone la norma comunitaria, también se refiere a la combinación vendida u ofrecida en venta. Es claro que no se está aquí ante un vendedor o una venta, pero se intenta, mediante la ficción, equiparar a estos conceptos el sujeto o la prestación que proporciona esos servicios combinados.

<sup>286</sup> Sobre el aspecto señalado, véase ESSER, *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionem*, Frankfurt, 1940, págs. 98 s. (hay 2.ª ed. de 1969).

<sup>287</sup> Cfr. PUGLIATTI, s.v. «Conoscenza», en *Enciclopedia del Diritto* cit., pág. 88.



que la ficción se mantenga, el legislador se ve en la necesidad de establecer la regla de que, al final del usufructo, el usufructuario deberá entregar al propietario, en lugar de las cosas consumidas, el importe de su avalúo, en caso de haber sido estimadas, su precio de mercado u otras tantas de igual calidad. En este supuesto, respecto de cuya verdadera calificación la doctrina ha formulado la extraña categoría del cuasiusufructo, puede decirse —como hace Foriers— que «la violencia hecha a la institución era de tal naturaleza que no había posibilidad de resolver la dificultad por la sola extensión de la misma»<sup>288</sup>. Por eso, mejor que calificar a este tipo de ficción como normativa, según sugiere este jurista, parece adecuado describirla como ficción normativa compleja, en cuanto que, en este caso, la identificación a que la ficción propende sólo procede de una manera indirecta.

## 10. *Las ficciones legales y algunas figuras afines*

### 10.1. *Analogía y ficción legal*

En cuanto que su virtualidad operativa se desenvuelve con frecuencia a través de un procedimiento equiparatorio, la ficción legal suele ponerse en relación con la analogía y, en ocasiones, una y otra han llegado no sólo a ser superpuestas sino también a confundirse. Ello no puede extrañar, si se tiene en cuenta que las estructuras internas de analogía y ficción son cercanas entre sí y tampoco si se para la atención en que, en uno y otro caso, se trata habitualmente de señalar similitudes entre dos supuestos que consienten una extensión de la norma o la reconducción aparente, gracias al procedimiento de forzada equiparación en que la ficción consiste, de una situación nueva a una solución dogmática vieja<sup>289</sup>.

Ocurre, sin embargo, que, en el caso de la analogía, puede afirmarse que las similitudes entre los supuestos contemplados preexisten en la realidad ontológica o sustancial, por lo que, una vez detectada la *eadem qualitas* subyacente, la extensión normativa procede con normalidad y se da lugar, en el plano de la re-

---

<sup>288</sup> Vid., en este sentido, FORIERS *Présomptions et fictions*, en *Les présomptions et les fictions en droit* cit., pág. 20.

El carácter ficticio del cuasi usufructo es resaltado por THOMAS, *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites medievales*, en *Droits*, 21, cit. pág. 33, que señala al efecto un senado-consulto recordado por Sabino (D. 7, 5, 5, 1).

<sup>289</sup> Según se pone de relieve en el texto, tanto la categoría de la analogía como la figura de la ficción son modalidades del reconocimiento de similitudes para inducir, en definitiva, una extensión normativa: véase, a éste propósito, aunque en relación a las ficciones en derecho romano, THOMAS, «*Fictio legis*». *L'empire de la fiction romain et ses limites médiévales*, en *Droits*, 21, cit. pág. 27.

Ya sostenía, en efecto, FISCHER, *Fiktionem und Bilder in der Rechtswissenschaft*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, CXVII (1919), págs. 143 a 192, que ficción significa básicamente equiparación.

En cualquier caso, la afirmación de que, tanto en la analogía como en la ficción, la solución a que se propende en ambos supuestos viene a situarse en un contexto antiguo ha devenido habitual entre los juristas que tratan de la ficción, sea para juzgarla positivamente, en el sentido de servir a la coherencia del sistema, como negativamente, en el sentido de suponer un elemento retardatorio de su evolución.



alización del derecho, a una *identitas rationis* o de tratamiento disciplinar<sup>290</sup>; en el caso de la ficción, en cambio, como falta por definición el sustrato de aquellas condiciones objetivas asimilatorias, el obstáculo a la extensión de la solución normativa se supera postulando artificialmente o dando por hecha su existencia, de manera que, ante la inexistencia real de las condiciones necesarias para que sea pertinente la extensión disciplinar, se provoca una alteración o contradicción formal —*perinde habetur ac si existisset*<sup>291</sup>— que trastoca la realidad. Puede así decirse que la función del intérprete radica, en el caso de la analogía, en el hallazgo o invención de las similitudes latentes entre la relación regulada y la que se pretende someter a la misma prescripción, mientras que, en la ficción, dichas similitudes se muestran específicamente por parte del legislador, que por sí mismo las construye, las hace aparecer «como sí» se dieran en la realidad, las expresa por alguna causa que considera, como decía Baldo, *specialissima et justissima*<sup>292</sup> y las hace directa e inmediatamente patentes al operador jurídico<sup>293</sup>.

Puede decirse, por ello, que la *fictio legis* es un expediente utilizado por el legislador —o, si se quiere, una «invención del mismo»<sup>294</sup>— con finalidad directamente normativa, mientras que la analogía es un recurso metodológico propuesto por el legislador al intérprete para que se ayude eventualmente en su labor de integrar las lagunas de la ley.

En definitiva, como indica el siciliano Angelo Falzea, la ficción consiente, de manera artificial e indirecta, que el paso de la equiparabilidad a la equiparación, considerado por el legislador axiológicamente (o pragmáticamente) oportuno, no quede impedido por la presencia de un obstáculo jurídico que, por vía directa, sería insuperable<sup>295</sup>. Otro conocido jurista siciliano, Salvatore Pugliatti, ya había ex-

---

<sup>290</sup> La explicación acogida en el texto, en cuanto referida expresamente a la analogía y no específicamente a la interpretación extensiva, se resiente acaso de cierta simplificación, pero refleja planteamientos doctrinales bastante corrientes. Sobre los posibles criterios de distinción entre interpretación extensiva y analogía y sus consiguientes diferentes modalidades de virtualidad operativa, puede verse el notable estudio del notario y miembro destacado de esta Academia, buen conocedor de las doctrinas de los autores «cultos», FIGA, *La analogía*, en *Miscel-lània Lluís Figa Faura*, Barcelona, 2000, págs. 611 a 629, esp. págs. 617 s. Algunos autores clásicos, sin embargo, no detectan una suficiente diferenciación entre analogía e interpretación extensiva o la colocan en un plano puramente formal. En tema de analogía, véase recientemente SALGUERO, *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid, 2002.

<sup>291</sup> Reconstruyo esta frase sobre la base de la formulación de ciertas ficciones romanas, así legales, como las recogidas en los senadoconsultos juveniano y neroniano (D.5, 3, 20, 6 y *Gai Inst*, 2, 187), o jurisprudenciales, como las referidas a la herencia yacente (D.50, 17, 193), a las cláusulas testamentarias incomprensibles (D.34, 8, 2) o ilegales (D. 28, 7, 14), o al cumplimiento ficticio de la condición (D. 35, 1, 24).

<sup>292</sup> Recuerda estas expresiones del gran jurista perusino BARASSI, *Le «fictiones juris» in Baldo*, en *L'opera di Baldo* cit., pág. 118.

<sup>293</sup> En este sentido debe entenderse la matización de DE RUGGIERO, s.v. «Finzione legale», en *Dizionario pratico di diritto privato*, III-1, Milano, s.d., pág. 184, de que la ficción no supone una simple ampliación de un precepto, puesto que en ella se trata de una verdadera y propia modificación, que da origen, en sustancia, a un precepto nuevo.

<sup>294</sup> La expresión es de BORSARI, *Commentario del Codice civile*, I, Roma-Napoli, 1871, pág. 763.

<sup>295</sup> Cfr. FALZEA, *Riflessioni sulla «fictio iuris»*, en *Le finzioni del diritto* cit., pág. 125.

plicado con precisión que ese efecto equiparatorio —artificial, indirecto y legalmente decretado— de la ficción opera mediante «la devaluación de los elementos de diferencia», de manera que se pone lo desigual como igual, «partiendo —matizaba— no de lo igual, sino de lo desigual»<sup>296</sup>.

Se comprende, en cualquier caso, por razón del contexto en que se desenvuelve la determinación de las relaciones que acercan y separan a la analogía y a la ficción, que la reflexión sobre tal delimitación haya tenido no poca importancia en la configuración del procedimiento técnico en que consiste la ficción y también en el desarrollo mismo de la ciencia jurídica. No ha sido, en efecto, una casualidad que, por la propia función equiparatoria reservada a menudo a la ficción, la problemática de la que ahora estamos hablando se haya planteado sobre todo en el terreno filosófico de la lógica y, más en concreto, de la dialéctica, en el cual la argumentación encontraba uno de sus tópicos propios en el *locus a simili* y, por tanto, en la *similitudo* y, en consecuencia, en el fundamental ámbito técnico de la interpretación jurídica.

En este contorno cobra precisamente cuerpo definitivo asimismo la idea de que la *fictio*, definida como *traslativa* o también llamada *extensiva* por cumplir una función semejante a la analogía, sólo puede provenir de la ley y no puede ser creada por el hombre aunque sea juez, de manera, además, que debe ser considerada como un supuesto de *ius singulare* y ser, por tanto, de interpretación restringida<sup>297</sup>, de acuerdo con una enseñanza tradicional que, en su formulación inicial, se remonta a los primeros comentaristas<sup>298</sup>. En el trasfondo dialéctico de esta última conclusión, late sin duda la idea de que la ficción presenta, en sí misma, contornos analógicos que se asientan, de suyo, en presupuestos alternativos extraños a los de la analogía propiamente dicha y que, por eso mismo, no pueden aprovecharse más allá de la finalidad específica para la que la ficción ha sido excepcionalmente aceptada y construida. Por lo demás, y finalmente, en el contexto de las apuntadas reflexiones sobre la artificialidad de la conformación de las condiciones equiparatorias en el caso de la ficción, se asienta asimismo la convicción de que el recurso a este procedimiento técnico sólo puede admitirse en los casos límite y cuando no se encuentra otro remedio menos falso y forzado que haga ineludible —*remedium extraordinarium*, como defendía Baldo— atenerse a la ficción.

---

<sup>296</sup> Cfr. PUGLIATTI, s.v. «Conosenza» en *Enciclopedia del Diritto* cit., pág. 87.

<sup>297</sup> Sobre estos aspectos relativos a la ficción y a sus relaciones de afinidad y de diferenciación con la analogía, hizo agudas observaciones el jurista veronés Bartolomeu Cepolla en una obra *De interpretatione legis extensiva*, de la que hay una edición veneciana de 1557, aparecida después de la muerte de su autor en 1477. En la misma profundiza este autor en la línea, ya iniciada por los comentaristas, de no poder provenir la ficción *ab homine*, por estar exclusivamente reservada su formulación *a lege*. Este autor es bastante conocido entre los juristas modernos por sus diversos estudios, en diversas versiones más amplias o compendiadas, sobre las servidumbres prediales, de las que algunas de ellas, como una de 1571, también fueron publicadas en Venecia.

<sup>298</sup> Con referencia a la llamada *ficta confessio*, señalaba BALDO que *fictio iuris non extenditur de similis a similia*: véase otra referencia en TODESCAN, *Diritto e realtà* cit. pág. 189.

Cabe también no olvidar, sin embargo, que el cometido asimilatorio desempeñado por la ficción ha hecho que algunos autores, con planteamientos fundamentalmente utilitarios o funcionalistas, vean con renovado favor a la *fictio legis* y consideren positiva su presencia en las formulaciones del legislador<sup>299</sup>. Por lo demás, un jurista que ha dedicado a los temas de que se trata una particular atención, el francés René Dekkers, aunque considerando a la ficción como una asimilación inexacta y que, si bien es necesaria, debe ser limitada, no ha dudado en proponer una definición de la ficción en la que precisamente se subraya la aludida función equiparatoria básica de la misma<sup>300</sup>.

#### 10.2. «*Fictio legis*» y *presunción legal*

De las figuraciones más o menos alejadas de la realidad o formulaciones indirectas que el razonamiento jurídico y el ordenamiento positivo con frecuencia utilizan —y a las que ya anteriormente se ha hecho referencia: integraciones de la apariencia, presunciones, presuposiciones o ficciones—, han merecido una atención doctrinal preferente y continuada, en cuanto a su distinción y a sus posibles relaciones, la presunción y la ficción legales.

Básicamente, se piensa, de una parte, que entre presunción y ficción recurre una evidente conexión, en cuanto que, mediante ambas figuras, se tiende a afirmar una verdad que no coincide necesariamente con la realidad, pero se razona, de otra, que dicha verdad se presenta, en un caso, como simplemente probable, mientras que, en cambio, se formula, en otro, de modo completamente artificial. Lo que ocurre es que el desarrollo reflexivo de esta inicial apreciación, aparentemente sencilla, habría de complicarse enseguida extremosamente y jugar, según veremos, un papel crucial en el mismo la figura de la llamada *praesumptio iuris et de iure*, que se presenta, ciertamente, como una categoría límite entre la presunción y la ficción.

La reflexión doctrinal de referencia ha traído desde juristas antiguos tan famosos como Andrea Alciato o Jacobo Menochio<sup>301</sup> hasta grandes maestros modernos como Françoise Gény o Jean Dabin. Por otra parte, el tratamiento riguroso de las presunciones suele incluir su comparación con la ficción, según demuestran los estudios más acabados sobre las *praesumptiones iuris*, de los que

---

<sup>299</sup> Véase, al respecto, TODESCAN, *Diritto e realtà*, cit., págs. 270, 272 y 278, por referencia a diversos juristas alemanes modernos.

<sup>300</sup> Según DEKKERS, *La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé*, cit., pág. 86, la ficción es «un procédé technique qui consiste à placer par la pensée un fait, une chose ou une personne dans une catégorie juridique sciemment impropre, pour la faire bénéficier, par voie de conséquence, de telle solution pratique, propre à cette catégorie».

<sup>301</sup> Véase, a este propósito, CAMPITELLI, s.v. «Presunzione (dir. interm.)», en *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, pág. 263 s.

Una completa y extensa elaboración de la figura, que trasciende de sus propios límites, se encuentra en MENOCHIO, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, Venetiis, 1587.

acaso sea el más completo el ya clásico del italiano Lamberto Ramponi<sup>302</sup>, destacando entre nosotros, por lo que aquí interesa, los trabajos, más cercanos en el tiempo, de Manuel Serra Domínguez<sup>303</sup>. Por lo demás, la confrontación misma entre presunción y ficción —que ha constituido el sustrato de base de recientes reflexiones colectivas<sup>304</sup>— es, por su interés teórico y práctico, uno de los temas preferidos y habituales entre los estudiosos de teoría general del derecho, tanto, en general, de los que se ocupan de la conformación del ordenamiento y de la argumentación jurídica, como, en particular de quienes se han ocupado, aunque sea brevemente, de la figura de la presunción<sup>305</sup>.

En principio, como se ha sugerido, parece fácil señalar los caracteres distintivos entre presunción y ficción, en cuanto que la primera, según ya se precisó por los comentaristas, opera sobre la *res dubia* o *super incertum*<sup>306</sup> y propende a lo verdadero —*fundatur super caso claro* o *super vero*<sup>307</sup>—, mientras que la ficción parte de una situación cierta a la que subvierte y, por tanto, *est*, abiertamente, *falsorum*<sup>308</sup>. Explicaba a este propósito Menochio que *factio fingit vera esse quae vera non sunt* y que, por su parte, *praesumptio vero praesumit super re dubia, quae ita esse aut non esse potest*, para concluir, de manera a la vez compendiosa y elegante, *unde factio nunquam convenit cum veritate, praesumptio vero saepe*<sup>309</sup>. Lo mismo se viene a repetir, en definitiva, en la actualidad, cuando se afirma que las ficciones son en todo caso enunciados falsos, mientras que, «en cambio, una presunción puede ser verdadera»<sup>310</sup>.

---

<sup>302</sup> Cfr. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, en el que las págs. 51 ss. se dedican a distinguir la presunción de la ficción.

<sup>303</sup> Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código civil y en la Ley de arrendamientos urbanos*, Barcelona, 1963, y *De las presunciones* (arts. 1249 a 1253 Cc.), en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigidos por Albaladejo), XVI-2, cit., pág. 608 ss., esp. págs. 679 ss.

Aunque de menor interés, a nuestros efectos actuales, debe recordarse también la notable contribución de CARRERAS LLANSANA, *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, en FENECH-CARRERAS, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1962, págs. 335 ss. y en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, págs. 339 ss., con quien polemiza el autor anteriormente citado.

<sup>304</sup> Así en las reflexiones recogidas en la obra colectiva, coordinada por Ch. Perelman y P. Foriers, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, 1974, de cuyos estudios en ella contenidos muchas veces se hace referencia en este pequeño trabajo.

<sup>305</sup> Cfr., BRETHER DE LA GRESSAYE y LABORDE-LACOSTE, *Introduction a l'étude général du droit*, París, 1947, núms. 186 y 187; RONALD y BOYER, *Introduction au droit* (3.<sup>a</sup> ed.), París, 1991, págs. 139 ss.; PERELMAN, *Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse*, en *Les présomptions et fictions en droit*, cit., págs. 339 a 348; HERNÁNDEZ MARIN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica* cit., págs. 285 a 289.

<sup>306</sup> *Super incertum praesumitur* expresa la Gran Glosa a propósito de C. 5, 13, 13a.

<sup>307</sup> Tomada la primera expresión de Andrea Alciato, la segunda corresponde al comentarista Jean d'André —*praesumptio formulatur super vero*—, como recuerda THOMAS, *Fictio iuris. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévals*, en *Droits*, 21, cit., pág. 18.

<sup>308</sup> Cfr. BALDO, *In secundam Digestis Veteris partem*, comentario *ad l. Qui in provincia* (D. 23, 2, 57), n.8: vid., a este propósito, BARASSI, *Le «fictionis iuris»* cit., pág. 137.

<sup>309</sup> Tomo esta cita de RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni* cit., pág. 51.

<sup>310</sup> Cfr. HERNÁNDEZ MARIN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica* cit., pág. 289.

Por lo demás, muy diferentes son los ámbitos y las funciones que desempeñan la presunción y la ficción: si la primera, en efecto, se desenvuelve, aunque no sea propiamente un medio probatorio, en relación a la prueba de los hechos jurídicos y opera en la realización del derecho sobre la base de criterios de probabilidad normal<sup>311</sup>, la segunda, en cambio, se reporta, respecto de la propia realización del derecho, a la extensión de la norma o a su creación, a partir, por cierto, de una deformación de los datos de la realidad conscientemente querida por el legislador<sup>312</sup>.

Finalmente, y en el sentido expuesto, la presunción legal, al faltar en las cosas dudosas o inciertas la posibilidad de una constatación directa de la verdad real, vendría a operar necesariamente, para superar la simple conjetura, en función de valoraciones referidas a la normalidad resultante del *id quod plerumque accidit*. Por su parte, la ficción no actuaría sobre cosas dudosas sino precisamente *in re certa* o *super certum*, pero falseando el legislador la realidad sustantiva, actuando «como si» existiese otra y sustituyéndola por ésta, teniendo en cuenta razones de utilidad o de conveniencia mediante un enunciado meramente formulado y puramente irreal que se plasma en un texto legal y da lugar a una norma positiva.

Rompiendo la comedida compostura de estos equilibrados planteamientos, irrumpe y viene a colocarse como elemento gravemente distorsionador la presunción ya denominada por los comentaristas *iuris et de iure*<sup>313</sup> o *necessaria*<sup>314</sup> y, más modernamente, también llamada habitualmente, por no poderse contrarrestar, absoluta por los juristas italianos o irrefragable por los franceses. Ocurre ciertamente que, al modo de la ficción y por no admitir esta presunción prueba en contrario, la situación eventualmente falsa a que la misma potencialmente se refiere podría siempre prevalecer, aunque fuera contraria a la realidad. No es de extrañar, por eso, que no sólo la mayoría de los autores venga a convenir en que la distinción entre tal tipo de presunción y la ficción se hace difícil de establecer, sino que una gran parte de ellos nieguen su diferenciación y que alguno, como Jean Wróbleski, llegue a

---

Por lo demás, ya había observado Leibniz que la presunción *iuris tantum* corresponde a una verdad provisional fijada por la ley: vid. GIULIANI, *Osservazioni introduttive*, en *L'educazione giuridica. V-Modelli di legislazione e scienza della legislazione* (tomo I. Filosofía e scienza della legislazione: dal diritto naturale classico al diritto naturale moderno), Napoli, 1988, pág. 23. La obra de referencia constituye, sin duda, una de las más importantes reflexiones colectivas modernas sobre el derecho.

<sup>311</sup> *Fingimus ea quae non esse scimus, praesumimus ea quae vera esse arbitramur ducti probabilis argumentis*, advertía Cujacio. Tomo, de nuevo, esta cita de RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni* cit., pág. 51.

<sup>312</sup> Cfr. HUBER, *El derecho y su realización*, vol. II, Madrid, 1929, pág. 131; FORIERS, *Présomptions et fictions*, en *Les présomptions et les fictions en droit* cit., pág. 8. Sobre la virtualidad de la presunción en relación a la actividad probatoria, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, *De las presunciones* cit., págs. 618 s.

<sup>313</sup> Uno de los primeros en utilizar habitualmente esta expresión fue Azón en su *Summa super Codicem*: vid., en este aspecto, TODESCAN, *Diritto e realtà* cit., pág. 170.

<sup>314</sup> Así la denomina DURANTE, *Speculum iudiciale*, Venetiis, 1488, fol. 126 v.

recordar que, para un sector de la doctrina, la fuente de las ficciones se encuentra precisamente en las presunciones irrefragables o *praesumptiones iuris et de iure*, puesto que no pueden ser destruidas y, en consecuencia, formulan aserciones cuya falsedad no puede demostrarse mediante una referencia a la realidad<sup>315</sup>.

Es verdad que, en el plano conceptual, se podrían encontrar rasgos discernientes entre la ficción y esta particular suerte de presunción legal, en cuanto que, siguiendo en la línea tradicional de las enseñanzas de Baldo, se puede todavía insistir en que la presunción tiende a consolidar algo que se considera real, es decir, que *est verorum*, mientras que la *fictio est*, por esencia, *falsorum*<sup>316</sup>. También podría subrayarse que, en su función declarativa, la presunción *iuris et de iure* supera la duda sobre la base de la verosimilitud, mientras que la virtualidad de la ficción se basa, en todo caso, en la falsedad que introduce y que la hace operativa<sup>317</sup>. También se ha dicho, a veces, que la presunción se asienta en la experiencia, mientras que la ficción lo hace en una mera determinación del legislador<sup>318</sup>, que la presunción se refiere al contenido y la ficción a la expresión de la norma jurídica<sup>319</sup> o bien que la presunción tiene carácter procesal y la ficción, en cambio, pertenece al derecho material<sup>320</sup>.

Sin embargo, no es menos cierto que la trascendencia de la ficción y de la presunción absoluta se acercan o solapan<sup>321</sup>, que es muy grande su afinidad y pertenecen a un mismo género<sup>322</sup>, que su similitud puede apreciarse sin dificultad

---

<sup>315</sup> Cfr. WRÓSBLESKI, *Les présomptions juridiques*, en *Les présomptions et les fictions en droit* cit., pág. 67. En este sentido, expresa WICKER, *Les fictions juridiques* cit., pág. 12, que la presunción irrefragable determina la aplicación de una solución preordenada realizando una reducción del número de las condiciones determinantes de la misma, «ce qui implique qu'elle donne naissance à une fiction».

<sup>316</sup> En esta línea se coloca, por ejemplo, DE CUPIS, *Sulla distinzione tra presunzioni legali assolute e finzioni giuridiche*, en *Giustizia civile*, 1982, II, págs. 227 a 232.

<sup>317</sup> Me remito también en esta ocasión a TODESCAN, *Diritto e realtà* cit., pág. 172, y a las referencias doctrinales que señala.

<sup>318</sup> Vid., en este sentido, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile* (26.<sup>a</sup> ed.), Padova, 1983, pág. 225.

CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pág. 186, ha propuesto, sobre esta base, una interesante fórmula de diferenciación, sugiriendo incluso que la presunción *iuris et de iure* supone un procedimiento en cierto modo inverso al de la ficción. En el caso de la presunción —explica—, «el legislador atribuye a un hecho las consecuencias jurídicas de otro porque, según la experiencia, el primer hecho es índice del segundo», mientras que en la ficción dicha atribución legislativa de consecuencias tiene lugar «a pesar de que, según la experiencia, los dos hechos no tienen nada en común». Por eso —concluye—, si «la presunción es reconocimiento de equivalencia natural de dos órdenes de hechos», la ficción es «atribución de equivalencia jurídica», esto es, independiente de toda equivalencia natural o real.

<sup>319</sup> En este sentido, DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion, in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung*, Weimar, 1858, pág. 92.

<sup>320</sup> Así, HEDEMANN, *Die Vermutung nach dem Recht des deutschen Reichs*, Jena, 1904, pág. 210.

<sup>321</sup> Cfr. RESCIGNO, *Manuale del diritto civile italiano* cit., pág. 37.

<sup>322</sup> Cfr. FERRINI, *Note sulle presunzioni nel diritto civile italiano*, en *Opere*, III, Milano, 1929, pág. 464. En este mismo sentido se pronuncia, más recientemente, GAMBARO, s.v. «Finzione giuridica nel diritto positivo» en *Digesto IV* cit., vol. VIII, pág. 351, que afirma el idéntico valor normativo de ficción y presunción absoluta y se refiere, como ejemplo clásico a proponer, al caso de la llamada presunción de comorencia.



en el plano de la construcción jurídica<sup>323</sup>, que a veces a la presunción absoluta se le llama ficción<sup>324</sup> y, en definitiva, que, en el plano de las consecuencias prácticas, no existe entre la ficción legal *iuris et de iure* y la ficción «distinción alguna en cuanto a sus efectos»<sup>325</sup>.

Por todo ello, cunde entre los juristas modernos la idea —ya propuesta por Leibniz<sup>326</sup>— de asimilar la presunción *iuris et de iure* a la ficción y, en consecuencia, la de afirmar la existencia en la actualidad de la crisis, como figura operativa, de la presunción legal absoluta<sup>327</sup>. En realidad, como ya expresó con fina nitidez el beato Contardo Ferrini, en este tipo de presunción y en la ficción «el legislador no admite que se tenga en cuenta la diversidad entre la hipótesis y la verdad», de manera que, «si el carácter propio de la llamada *praesumptio iuris et de iure* consiste en no dejar espacio a la verdad, en esto coincide admirablemente con la ficción»<sup>328</sup>.

#### IV. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS SOBRE EL «MODUS OPERANDI» Y EL VALOR DE LA FICCIÓN

##### 11. *Planteamiento de la cuestión*

###### 11.1. *Introducción preliminar*

La exposición que precede peca de incompletud y, además, esta afectada, a todas luces, de imprecisión.

---

<sup>323</sup> Teniendo en cuenta las posibles razones profundas de la conformación del ordenamiento e integrando la virtualidad de ambas figuras de cara a la realización del derecho, llega VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos* cit., págs. 124 s., a justificar la equiparación entre *fictio legis* y *praesumptio iuris et de iure*, tanto en relación a su origen, ligado al establecimiento de un *notorium*, como en orden a su consecuencia: el interés de evitar el escándalo del testimonio en juicio sobre los delitos de los clérigos o de la investigación de la paternidad del hijo legítimo —recuérdese el originario art. 108 del Código civil—, que confluiría así, en la ficción y en la presunción absoluta, en la constitución de una intangible *probatio probata*.

<sup>324</sup> Véase, en este sentido y por referencia a Jhering, FERRINI, op. y loc. cit. Entre nosotros BONILLA Y SAN MARTÍN, *La ficción en el derecho* cit., pág. 169, dice también de las presunciones *iuris et de iure* que «no son presunciones sino ficciones» y recuerda a este propósito un pasaje del cardenal Ostiense, a tenor del cual en dichas presunciones *puta cum ius fingit aliquid et statuit super ficto*. En la contestación al discurso indicado de Bonilla, también el mercantilista Álvarez del Manzano no dudó en equiparar abiertamente la presunción *iuris et de iure* a la ficción. «Es absurda —dice (pág. 226)— la clasificación que de las presunciones se hace en *iuris tantum* y *iuris et de iure*, según que admitan o no prueba en contrario: la primera es la propia presunción y la segunda es la ficción de derecho».

<sup>325</sup> Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, *De las presunciones* cit., pág. 684.

<sup>326</sup> Cfr. GIULIANI, op. et loc. cit. Ella permite al juez —sugería el filósofo alemán, tan profundo estudioso de los problemas del derecho— la fijación formal impidiendo el proceso.

<sup>327</sup> Cfr. PALAZZO, s.v. «Presunzione (dir. priv.)», en *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano, 1986, págs. 265 ss.

<sup>328</sup> Cfr. FERRINI, op. cit., pág. 465.



No sólo elude, en efecto, el tratamiento de muchos aspectos concretos relativos a las ficciones en el derecho, a veces técnicamente interesantes —como las que atañen, por ejemplo, al concurso conflictivo o acumulativo de ficciones<sup>329</sup>, al concurso sincrónico o diacrónico de ficciones y de presunciones<sup>330</sup>, a las llamadas ficciones ocultas<sup>331</sup> o a la contraposición funcional, frente a la ficción equiparatoria aberrante, de la contraficción<sup>332</sup>—, sino que, además, no acomete, por la vastedad y, a la vez —lo confieso—, por su dificultad y delicadeza, aspectos de

---

<sup>329</sup> Es afirmación de los juristas medievales, que desemboca en el adagio francés de que «fiction sur fiction ne vaut», la idea, expresada, entre otros, por Baldo, a propósito de D. 23, 3, 69, de que *duae fictiones non possunt concurrere*, o por Cino, en relación a C. 8, 50, 1 y a D. 50, 12, 2, de que *duae fictiones non possunt concurrere circa idem*, en el sentido de que, por el carácter restrictivo de la ficción, *factio non general fictionem*, explicando ya Bartolo, en relación a D. 41, 3, 15, 69, que *factio fictionis esse non potest, sicut nec servitus servitutis*.

Pero, al lado de este tipo de concurso entre ficciones, derivado de la generación de una por otra, puede haber el generado por la circunstancia de que, en relación a una misma persona o cosa, concurren, conflictivamente o no, diversas ficciones: piénsese, en relación a la persona jurídica constituida, que esta se tenga por constituida, a efectos de que se adscriban hereditariamente a ella los bienes que han de constituir su sustrato, de manera que a la ficción relativa a la persona jurídica se añadiría la que, por una especie de aplicación analógica del art. 29 Cc., se le tenga por ya constituida (en este sentido, STS., 28 noviembre 1986). Un caso curioso de concurrencia no conflictiva de ficciones es el art. 10.2 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el derecho civil catalán, relativo a la capacidad para suceder y en el que se habla de persona jurídica, de retractividad de efectos patrimoniales al momento de la delación y de la delación, que, en relación a la persona jurídica constituida, no ha podido tener lugar: concurren, así, en el precepto tres ficciones diferentes. Es claro que en este caso no ha sido de aplicar la vieja y no siempre pacífica enseñanza de que *duas fictiones simul in eadem re non concurrere*. Si el concurso de ficciones no fuera, como en este caso, acumulativo, sino conflictivo, habría de aplicarse las normas o criterios superadores que conoce la teoría jurídica general.

<sup>330</sup> El tema de concurso de ficciones y presunciones se suscitó entre los discípulos de Bártolo y debe a Menochio, entre los juristas antiguos, su planteamiento más completo y sistemático. Aunque podría dar lugar a un interesante ejercicio dialéctico sobre la prevalencia que, en cada caso, habría de darse a las figuras en conflicto, el asunto tiene, sin embargo, un valor práctico muy relativo.

<sup>331</sup> En relación a las denominadas ficciones ocultas, que se dan en el ámbito doctrinal o jurisprudencial —por ejemplo, referir el género o el sexo exclusivamente a los caracteres sexuales aparentes y no, en cambio, a la compleja personalidad del sujeto o considerar a la familia de hecho como si no fuera digna de ser tenida en cuenta—, véase ALPA, *Le finzioni giuridiche*, en *Trattato di diritto civile* (dirigido por Sacco), 2. *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, pág. 350.

En relación a este tipo de ficciones, puede decirse que en nuestros días, «la habilidad en descifrar las ficciones no evidentes constituye un instrumento intelectual insustituible»: cfr. GAMBARO, s.v. «Finzione giuridica nel diritto positivo» cit., pág. 353.

<sup>332</sup> Se refiere LUPOI, *Metafore giuridiche e finzioni: la «parola data»*, en *Le finzioni del diritto* cit., pág. 161, a la contraficción que tiene por objeto evitar el inconveniente de que todas las reglas del supuesto originario sean trasladadas, a través de la ficción equiparatoria, a la situación equiparada: como, mediante la *adrogatio*, el adoptado devenía *alieni iuris*, por producir aquélla una *capitis deminutio* y quedar el *adrogatus* sujeto a la *potestas* del adoptante, se introduce una *actio utilis ficticia in qua* —como recuerda Gayo (*Instituciones*, 4, 38)— *figitur capite deminutave non esse*. Mauricio Lupoi, que es uno de los juristas continentales que mejor conoce el «common law» —como demuestra su magnífica monografía *Trusts*, Milano, 1997— se refiere también, como figura diversa de la contraficción, a la antificción, que serviría para eliminar la ficción (metafórica) y repristinar la situación antecedente: así, la antificción se da, en realidad, a su juicio, en las normas que destruyen la ficción de que haya tenido lugar un «llamamiento» y una «respuesta» en el caso de la llamada vocación hereditaria (págs. 161 s.).

carácter general sobre la ficción, como las implicaciones que su concepto tiene con otras categorías generales, como las de metáfora<sup>333</sup>, simulación<sup>334</sup> o excepción<sup>335</sup>.

Por otra parte, las reflexiones que anteceden se han tenido que formular, necesariamente, en una apretada síntesis que adolece de un acusado sincretismo y se resiente de una excesiva simplificación. En este sentido, no ha puesto suficientemente de relieve la pluralidad de concepciones que existen de la ficción, ni las múltiples variables que conviven en su propia acepción, ni las diversas calificaciones que, de manera tan versátil como insegura, se han propuesto para cada una de aquellas concepciones y acepciones. Tampoco han logrado hacer, por las mismas razones, una evaluación afinada sobre el empleo de la ficción en el razonamiento y en la conformación del ordenamiento positivo.

Consciente de las deficiencias de que padece este modesto trabajo y de las que acotan las fuerzas y la preparación de quien les habla, intentaré, con todo, en esta última parte de mi discurso de ingreso, hacer, al menos, unas breves consideraciones sobre algunos de los asuntos que he propuesto, en relación, en concreto, al modo de operar y al valor de la ficción.

Para ello será seguramente útil indicar, en esencia, las actitudes que sobre la ficción han adoptado los juristas.

### 11.2. *Las posturas doctrinales típicas acerca de la ficción*

Pueden dividirse en dos grandes grupos las actitudes adoptadas por los juristas en relación a la ficción. Una tiene un carácter preponderantemente científifi-

---

<sup>333</sup> Aunque conceptualmente sean distintas, puede considerarse que, a veces, las ficciones se radican precisamente en la figura retórica de la metáfora: tal ocurre, por ejemplo, en el caso de la ficción «persona jurídica», que se asienta, como recuerda LUPOI, *Metafore giuridiche e finzioni: la «parola data»*, en *Le finzioni del diritto* cit., pág. 160, en la misma metáfora que dio lugar al propio concepto de persona. Sobre imágenes lingüísticas, metáforas y ficciones, vid. PUGLIATTI, s.v. «Conoscenza», en *Enciclopedia del Diritto*, IX, Milano, 1961, págs. 85 a 89.

<sup>334</sup> La diferenciación entre ambas categorías ha ocupado desde antiguo a los juristas. Como recuerda BONILLA Y SAN MARTÍN, *La ficción en el derecho*, cit., págs. 166 s., a ella se dedica ya bastante atención, en relación al derecho romano, en la obra del profesor tolosano del siglo XVII Antoine Dadín de Haute-Serre, ALTASERRA, *De fictionibus iuris tractatus quinque*, Parisiis, 1659, quien señala que en la ficción se da por ocurrido lo no sucedido y en la simulación se hace una cosa y se aparenta otra y que en la ficción se va contra la verdad pero lo fingido se da como verdad y en la simulación se va contra la verdad pero lo simulado se tiene por no ocurrido. En conexión con el tema apuntado, sobre simulación y falso, puede verse también PUGLIATTI, s.v. «Conoscenza» cit. págs. 83 a 85, que observa que «el fenómeno de la simulación, en el campo de los negocios jurídicos, da lugar, genéricamente, a una ficción o a una ocultación de la realidad».

A la ficción, y su manifestación como simulación y disimulación en el proceso, se refiere CIPRIANI, *Le finzioni nel processo civile*, en *Le finzioni del diritto* cit., pág. 101.

Para ciertos aspectos de interés relacionados con este punto, puede verse ROUAST-BERTIER, *Société fictive et simulation*, en *Revue des sociétés*, 1993, págs. 975 ss.

<sup>335</sup> Ya se ha hecho anteriormente referencia, de todas formas, a la relación entre ficción y excepción y a su funcional incompatibilidad. A la compleja relación entre las dos nociones se refiere brevemente WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique* cit., págs. 13 s.

co y, en consecuencia, se produce sobre planteamientos que, al menos formalmente, son pretendidamente neutrales. La otra, en cambio, tiene carácter axiológico, ideal o filosófico, y no siempre deja de influir sobre la supuesta asepsia de la primera.

Los planteamientos sobre la ficción que podemos llamar científicos son susceptibles de diferenciarse, a su vez, en radicales y pragmáticos, cuyos primeros acogen casi sin reservas o, más frecuentemente, rechazan decididamente a la ficción, mientras que los segundos la admiten de manera moderada, en un matizado abanico de actitudes que va desde la aceptación de la ficción como insuprimible en el sistema del derecho hasta acogerla como un elemento defectuoso pero decisivo de su propia evolución, pasando por su consideración como un mal menor, más o menos provisional, o por la visión de la ficción como un mecanismo rudimentario, pero útil para la construcción jurídica.

Entre quienes acogen casi sin reservas en el sistema del derecho a la ficción, basada en el mecanismo mental del «como si fuere»<sup>336</sup>, podemos citar en la actualidad al primer presidente honorario de la Corte de Casación italiana Antonio La Torre que en diferentes trabajos detecta, con multiplicidad de funciones prácticas, una abundante presencia de ficciones en el ordenamiento jurídico, respecto del que concluye que la ficción es, en el fondo, «el instrumento menos imperfecto para remediar las imperfecciones del sistema»<sup>337</sup>.

El recurso a la ficción es, en cambio, rechazado por no pocos de los juristas positivistas, a pesar de que en nuestros días se ha relativizado en parte el descarnado formalismo de Hans Kelsen, en cuya concepción puramente normativista del ordenamiento las ficciones, más que incompatibles con el sistema, venían a ser, de suyo, inexistentes en el ámbito del mismo<sup>338</sup>. En efecto, la idea kelseniana de que el ordenamiento configura una propia realidad jurídica, puramente formal, distinta y desarraigada de la realidad material, desvirtúa el concepto propio de ficción en cuanto contradicción con la realidad ontológica y lo diluye y reconduce a la realidad jurídica que el propio ordenamiento construye. Estos planteamientos siguen influyendo poderosamente entre los juristas contemporáneos. Así, por ejemplo, Mauricio Lupoi, uno de los juristas más completos de nuestros días,

---

<sup>336</sup> En el plano filosófico el razonamiento a través del «como si» fue ampliamente teorizado, en una obra de gran repercusión ulterior sobre los estudios sobre la ficción, por VAHINGER, *Die philosophie des Als-ob*, Berlín, 1911, con posteriores ediciones (2.ª, 1913; 4.ª, 1920), de la que existe traducción italiana, *La filosofia del come si* (a cargo de Voltaggio), Roma, 1957. Vaihinger, que venía a considerar todo el derecho como una ficción, definía en concreto a la ficción jurídica como la «subsunción de un caso bajo una construcción conceptual que, hablando con propiedad, no la incluye» (pág. 46 de la 2.ª ed. alemana).

<sup>337</sup> Cfr. LA TORRE, *La finzione nel diritto*, en *Rivista di diritto civile*, 2000, págs. 315 a 334; *La finzione como valore giuridico: ieri e oggi*, en *Le finzione del diritto* cit. págs. 141 a 147, en la última de cuyas contribuciones aparece la conclusión reportada en el texto.

<sup>338</sup> Cfr. KELSEN, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*, en *Annales de Philosophie*, 1919, págs. 630 s.

considera que, al menos en muchas ocasiones, la ficción no es más que un supuesto de hecho normativo o una regla que se refiere al mismo, de manera que, una vez colocada en dicho plano «es evidente que todo es “real”, aunque no sea “físico”», de manera que no hay que individualizar «ficciones donde hoy, en cambio, la realidad del fenómeno jurídico y el operar de las reglas del supuesto de hecho»<sup>339</sup>. Pero es claro que este punto de vista no puede aceptarse como absoluto<sup>340</sup> y que tan equivocado es negar la existencia de las ficciones en el derecho como su extremo contrario de afirmar el carácter ficticio de todo el ordenamiento<sup>341</sup>. En cualquier caso, los ecos de este planteamiento básico son recurrentes entre los juristas de nuestros días: así, por ejemplo, Salvatore Pugliatti no considera, en relación a la retroactividad, que entraña una ficción, puesto que no es sino expresión del natural poder de la ley en orden a la determinación temporal de la eficacia de los hechos jurídicos<sup>342</sup>; el profesor de la Universidad Libre de Bruselas Luc Silance afirma que la persona jurídica tiene en el derecho positivo no un carácter ficticio, sino una «réalité juridique, c'est-à-dire technique»<sup>343</sup>; y, entre nosotros, puede recordarse que el Tribunal Supremo ha declarado que no puede considerarse que la figura del delito continuado entraña una ficción, puesto que, al ser regulada por el Código penal, constituye una «realidad jurídica»<sup>344</sup>.

Otros autores, aún reconociendo el disvalor radical en que se asienta la ficción en cuanto contradictoria con la verdad histórica, la admiten, como se ha dicho, de manera matizada. No falta, en este sentido, quien reconozca que no se puede negar, a la vista de la evolución del derecho europeo continental, que no puede ser eliminado de los fenómenos jurídicos un cierto elemento de ficción, por lo que esta se convierte en una figura fundamental de la técnica jurídica<sup>345</sup>; ni quien deje

---

<sup>339</sup> Cfr. LUPOI, *Metafore giuridiche e finzioni: la «parola data»*, en *Le finzioni del diritto* cit. págs. 172 s.

Como es fácil de observar, la argumentación utilizada por Lupoi coincide sustancialmente con las tesis desenvueltas por Kelsen sobre la conformación del sistema positivo.

<sup>340</sup> El propio autor relativiza en cierto modo sus propias conclusiones, en cuanto que, como hemos visto, las considera compatibles con su idea de que hay ficciones que se enraizan en metáforas.

<sup>341</sup> Vid. HANNOUN, *Les fictions en droit économique*, en *Droits*, 21, cit., pág. 84.

<sup>342</sup> Cfr. PUGLIATTI, s.v. «Finzione» cit., pág. 672. En relación a un supuesto concreto de retroactividad, DE CUPIS, *Beni ereditari e finzione giuridica*, en *Giustizia civile*, 1982, fasc. 6, II, págs. 275 s., adopta los mismos criterios, indicando que el fenómeno de la adquisición retroactiva de los bienes hereditarios por parte del llamado es extraño a la categoría de la ficción, puesto que —observa, acaso mezclando varios conceptos—, a los efectos jurídicos, la posesión continuaría en el heredero independientemente de la aprehensión material de los bienes: para las exigencias que valora el ordenamiento, concluye, el elemento de hecho de la posesión es indiferente, no ficticio.

<sup>343</sup> Cfr. SILANCE, *La personnalité juridique: réalité ou fiction?*, en *Les présomptions et fictions en droit* cit., págs. 278 a 317, esp. pág. 316, que acoge, en definitiva, planteamientos bien conocidos en tema de persona jurídica. Para una actitud diferente de carácter realista, vid., en cambio, VAN COMPERNOLLE, *La personnalité moral: fiction ou réalité*, en *Les présomptions et fictions en droit* cit., págs. 318 a 338.

<sup>344</sup> Cfr. STS. (Sala 2.ª) de 2 febrero 1988, ya en su momento citada.

<sup>345</sup> Cfr. ZACCARIA, *Le jurista et la volonté: quelques notes sur Betti et les fictions juridiques*, en *Droits*, 21, cit. págs. 129 s.

de señalar el valor de la ficción como procedimiento técnico en orden a «facilitar la labor legislativa»<sup>346</sup>; ni quien omita subrayar la innegable utilidad de las ficciones, en cuanto que, al simplificar problemas complejos, ayudan a progresar en el razonamiento jurídico<sup>347</sup>, si bien, una vez alcanzado un cierto grado de evolución científica, la ficción, como recurso técnico más bien elemental —las famosas «muletillas» de que hablaba Jhering—<sup>348</sup> debe sustituirse por instrumentos más perfectos y adecuados<sup>349</sup>. Todo ello sin olvidar que, a veces, el ordenamiento se ve en la necesidad de recurrir a la ficción para dar efectividad a realidades insuprimibles, como es el caso, por ejemplo, de ciertos fenómenos resultantes de la manipulación genética<sup>350</sup> o de la actuación cotidiana de los operadores en el mercado<sup>351</sup>, o para excluir ciertos supuestos del ámbito de aplicación de una regla positiva<sup>352</sup>.

Por lo que hace a las actitudes axiológicas, ideales o filosóficas sobre la ficción, se ha hecho ya anteriormente alguna mención a ciertas tomas de postura, de carácter restrictivo o de abierto rechazo, a propósito de la ficción. Baste recordar aquí que, frente a su admisión generosa en el derecho romano, la aceptación de la ficción fue fuertemente matizada en la época medieval, en cuanto que, por subvertir la realidad ontológica, podía ponerse en contra de lo que es posible se-

---

<sup>346</sup> Cfr., entre nosotros, SERRA DOMÍNGUEZ, op. y loc. citis. En un sentido parecido, ya había indicado STAMMLER, *Tratado de filosofía del derecho* (versión española de Roces de la 2.ª ed. alemana), Madrid, 1930, págs. 320 s., que las ficciones no son falseamientos de hechos naturales, sino simples formas útiles y a veces necesarias para simplificar soluciones más complejas.

En relación a la habilidad técnica de recurrir el legislador a la ficción, ya advertía un conocido civilista francés, tras recordar numerosos ejemplos del derecho positivo de su país, que en ellos «la raison est satisfaite par la fiction come par la réalité»: RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, pág. 352.

<sup>347</sup> Así, por ejemplo, entre otros muchos autores antiguos y modernos, JORI y PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, pág. 373, consideran a la ficción jurídica una «técnica bastante eficaz y económica, mediante la cual, antes que modificar un grupo de normas (una institución) para ampliar o restringir o modificar su ámbito de aplicación, se fijan normativamente equivalencias jurídicas ficticias»: por ejemplo, se «finge» que en ciertos casos de enfermedad mental un mayor de edad sea menor, lo que significa que se le sujeta a la misma reglamentación jurídica de los menores». Véase, por cierto, a este respecto, el art. 171 de nuestro Cc.

<sup>348</sup> Cfr. JHERING, *El espíritu del derecho romano*, IV, cit., pág. 333.

<sup>349</sup> Cfr. PUGLIATTI, s.v. «Conoscenza» cit., pág. 89. En un contexto semejante se había producido GENY, *Science et technique en droit privé positif*, III cit., pág. 114, y anteriormente JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. de Meulenaere) (3.ª ed.), IV, Paris, 1888, pág. 297 (véase también la versión española, acabada de citar, de la obra de JHERING, *El espíritu del derecho romano*, IV, cit., pág. 332): a la invitación que estas posturas suponen en orden a conseguir la integración de las ficciones en la construcción jurídica, de modo que pierdan su carácter de anomalía, parece responder el reciente libro de WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique* cit.

<sup>350</sup> Con la consecuencia de atribuir ficticiamente la paternidad al marido que consiente la inseminación artificial con gametos ajenos de su esposa, cuando obviamente no es padre del hijo que la mujer da a luz: cfr. art. 92.1 del Código de Familia de Cataluña.

<sup>351</sup> Se hace aquí referencia, básicamente, a las llamadas sociedades unipersonales, ya contempladas en otro lugar.

<sup>352</sup> Como es el caso, ya recordado, de la regla que evita la aplicación de las normas sobre derechos de importación al caso del ficticiamente llamado tránsito externo de mercancías no comunitarias.

gún el orden natural. Se ha señalado también que la ficción ha sido mal vista, cuando no repudiada, en casi todos los tiempos, por cuanto que, al ser contradictoria con la verdad, alberga en sí misma la lacra de la mentira y el vicio de la mendacidad<sup>353</sup>.

Por lo demás, en una perspectiva filosófica, se ha podido tachar con razón a la ficción, en el plano de la lógica jurídica, de irracional<sup>354</sup>; y en el campo propio de la gnoseología del derecho, en el que su conocimiento supone la apropiación adecuada por parte del intérprete de su entidad objetiva, en su doble perspectiva epistemológica y ética, se ha pensado que la ficción podría obstaculizar gravemente, como elemento artificial que es, la labor intelectual de la hermenéutica. En el contexto, más bien idealista, de estos últimos planteamientos, se comprende que, en la concepción normativista de mi admirado profesor Emilio Betti, las ficciones fueran, por artificiales, desprovistas de fundamento y, en definitiva, inútiles, en orden a una conveniente aplicación del derecho para la regulación de la vida social<sup>355</sup>.

## 12. *El ámbito operativo y el valor actual de la ficción*

### 12.1. *El «modus operandi» de la ficción*

Es más que probable que la señalada extrema heterogeneidad con que las ficciones se presentan en el razonamiento jurídico y en el derecho positivo —ya

---

<sup>353</sup> La asimilación entre ficción y mentira es recurrente entre los juristas modernos:  *fictio et mendacium fraternizant*, indicaba Segismundo SCACCIA, *Tractatus de commerciis et cambio*, Genevae, 1664, f. 136; de mentira convencional hablaba JHERING, *El espíritu del derecho romano*, IV, cit., pág. 331; y a la contradicción entre ficción y verdad se refieren la mayoría de los juristas de nuestros días: vid., por todos, DABIN, *La technique de l'elaboración du droit positif* cit., pág. 53.

Los ejemplos, así como las referencias a los autores medievales y modernos, podrían multiplicarse: por citar únicamente algún autor hasta ahora no recordado, se puede indicar a SCHILLING, *Pandektenrecht für Studierende*, Berlín, 1844, § 115, pág. 84, que define las *fictiones iuris* como *sanciones legum, quibus contrarius eius ponitur, quod in veritate exstat*.

Otros autores, según lo dicho, prefieren oponer ficción a realidad material: véase, en este sentido, ROUBIER, *Théorie general du droit* (2.ª ed.), París, 1951, pág. 135, para quien «la ficción representa un atentado contra lo que aparece como natural, en vista de imponer soluciones deseadas pero que falsean deliberadamente la realidad».

La puesta en relación de ficción y artificialidad es, entre los juristas, casi tan habitual como resaltar la dimensión contradictoria de la ficción y de la verdad: independientemente de las apreciaciones de los juristas medievales, ya en el siglo XVI, HOPPER, *De iuris artis libri tres*, señalaba, según refiere TODESCAN, *Diritto e realtà* cit., pág. 158, que la ficción deriva no a *naturali*, sed a *commentitio iure*.

<sup>354</sup> Véase, a este propósito, MICCU, *Finzioni giuridiche ed ermeneutica. Appunti su Josef Esser*, en *Diritto e cultura. Archivio di filosofia e sociologia*, 1991, pág. 171.

Ya conocemos, por lo demás, las tremendas diatribas que Bentham dedicó a la ficción, en particular a la ficción doctrinal, y a su «pestilente aliento».

<sup>355</sup> De las múltiples referencias, ya anteriormente recordadas, que en la amplísima obra de este gran jurista se dedican a la ficción, véase BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (2.ª ed.), Torino, 1950, págs. 85, 143 y 146.



detectable desde su presencia en las fuentes romanas<sup>356</sup>— haya hecho que los juristas se muestren particularmente renuentes a la hora de profundizar sobre el significado más específico de la ficción y de intentar dar alguna explicación, no tanto descriptiva como propiamente definitoria, de la misma<sup>357</sup>. Ello ha comportado, en particular, que, si para la mayoría de ellos es bastante clara la función práctica —básicamente equiparatoria<sup>358</sup>— que desempeña la ficción, haya quedado, en cambio, oscurecida por completo la estructura operacional a través de cuyo mecanismo logra la misma ficción su virtualidad<sup>359</sup>.

Estas prevenciones y limitaciones se reportan fundamentalmente, a mi juicio, a ciertas indecisiones relativas al ámbito —el hecho o el derecho— sobre el que puede recaer la ficción y son atinentes, luego, al *modus operandi* de la ficción en relación al ámbito que le corresponde, indecisiones derivadas, a lo que creo, de planteamientos excesivamente analíticos y unilaterales e insuficientemente comprensivos e integradores del complejo mecanismo a través del cual logra cumplir la ficción en el derecho su específica función. Como vamos a ver, en todo ello juegan un destacado papel los antecedentes históricos, pues no en balde se ha podido decir que la evolución de la ciencia del derecho es la de su interpretación.

Si se atiende, en general, a las propuestas a través de las cuales los juristas expresan el sentido de la ficción y la describen, ésta aparece versando propiamente sobre hechos —una situación o circunstancia relativas a una persona, a una co-

---

<sup>356</sup> Cfr., a este propósito, BIANCHI, *Fictio iuris* cit., pág. 147. Las referencias modernas a la pluralidad de clases y formas de ficción son innumerables: véase, por todos, ANDRINI, *Le finzioni del diritto nell'occhio del notaio*, en *Le finzioni del diritto* cit., págs. 3 s., que se refiere a la existencia de un pluralismo de formas de ficción y no de una *species* de ficción o, mejor, de un polimorfismo de las ficciones. Esta realidad no debe impedir, naturalmente, que la ciencia del derecho intente pasar de las ficciones, en plural, a la ficción, en singular, como instituto unitario a observar en la pluralidad de las formas en que se manifiesta y desarrolla: en este sentido, RESCIGNO, *Sulle finzioni del diritto privato: memorie e idee da riordinare*, en *Le finzioni del diritto* cit., pág. 214.

<sup>357</sup> Sobre la conveniencia de no observar un excesivo rigor en ensayar una definición de la ficción, so pena de quedar afectada su formulación de verdaderas peticiones de principio, advierte, por ejemplo, HANNOUN, *Les fictions en droit économique*, en *Droits*, 21, cit., pág. 84.

<sup>358</sup> En relación a la proyección equiparatoria que es propia de la ficción, véase, por todos, entre los juristas modernos, PUGLIATTI, s.v. «Conoscenza» cit., pág. 87, y FALZEA, *Riflessioni sulla fictio iuris*, en *Le finzioni del diritto* cit., pág. 125. Luego, el uso de la ficción puede obedecer, en concreto, según los puntos de vista de los diferentes juristas, a razones de conveniencia o utilidad, al establecimiento de una solución equitativa, a la coherencia o renovación del sistema del ordenamiento, al mantenimiento del mismo o de los intereses a que favorece, etc.

Al significado asimilatorio que es propio de la ficción se refieren ampliamente, entre nosotros, el filósofo del derecho LEGAZ, *Filosofía del derecho* cit., pág. 69 —que, en orden a esta función de la ficción, observa que «es desnaturalizar la esencia del pensamiento jurídico científico interpretar la ficción como una pura simulación o mentira»— y el canonista LLANO CIFUENTES, *Naturaleza jurídica de la «fictio iuris»* cit., esp. págs. 194 a 196.

<sup>359</sup> Véase, a propósito de la denuncia de esta grave deficiencia científica por parte de un polémico filósofo del derecho, LOMBARDI VALLAURI, *El «fictum» nel diritto*, en *Le finzioni del diritto* cit., págs. 149 a 157, esp. pág. 150.



sa, o a un acontecimiento, al tiempo, al lugar, etc.—, en cuanto que sólo respecto de los hechos y sus circunstancias ontológicas o históricas se puede predicar su correspondencia o, mejor, su falta de correspondencia —según conviene afirmar respecto de la ficción— con la realidad. Bien puede decirse que, en esta manera de explicar la ficción, se ha avanzado poco desde el derecho romano, los pasajes de cuyas fuentes formuladores de ficciones siempre se refieren —*perinde ac si in hostium potestatem non pervenissent, perinde atque in civitate decessissent, perinde ac si conditio adiecta non essent*, etc.— a situaciones de hecho.

Sin embargo, los juristas medievales —por cuyas enseñanzas, a veces sin advertirlo, estamos todavía tan influenciados— pronto intuyeron, en una dirección teórica que superaba, si bien a menudo también coartaba, la inmediata praxis creadora de los juristas romanos, que la virtualidad operativa de la ficción, aunque se refiriera al hecho, había por fuerza de desenvolverse a través del derecho. Por eso vino a señalar Acursio, aunque acaso sólo para contrastar con la indicada suma libertad del uso de la ficción en el derecho romano, que *circa factum non potest fingi sicut circa iura*<sup>360</sup>. De esta manera se fue abriendo paso, en todo caso, la tesis del doble ámbito en que, de modo conjugado e interactivo, opera la ficción, planteamiento que, como tantas veces pasa, encontró su más acabado perfeccionamiento no tanto al estudiarse específicamente la ficción sino al proponerse los juristas el examen de la cercana figura de la presunción. Es de recordar, a este respecto, que las presunciones versan, por esencia, únicamente sobre hechos, en cuanto que cabalmente suponen deducciones que parten de un hecho conocido para llegar a otro desconocido, mientras que las ficciones —venían a entender progresivamente los juristas— se refieren a la vez al hecho y al derecho, no sólo porque pueden consistir en alteraciones o verdades artificiales de los supuestos de hecho y de los conceptos jurídicos, sino, sobre todo, porque, aún en el caso de que se refieran exclusivamente a situaciones fácticas, configuran una institución o solución de derecho. Entre las numerosas reglas de las que los antiguos expositores solían servirse repetitivamente en sus *tractatus*, para escudriñar al infinito y en intrincadas derivaciones las más variadas cuestiones, no era, por cierto, una de las menos alegadas la que argumentaba que *praesumptio versatur circa ea quae sunt facti; fictio circa ea quae sunt iuris et facti simul*.

Estas explicaciones, sin embargo, pueden resultar, por excesivamente descriptivas, del todo insuficientes y, por tanto, insatisfactorias, en cuanto que no proceden *in media res* o no van directamente al grano de la cuestión. A mi modo de ver, la línea a seguir nos la muestra un conocido pasaje de Baldo<sup>361</sup>, en el que, pese a su formulación un tanto críptica, según no era inusual en este comenta-

---

<sup>360</sup> Tal matización se encuentra, en efecto, en sus glosas en relación a D. 4, 8, 21; D. 4, 6, 19; y D. 41, 2, 23.

<sup>361</sup> Estas reflexiones las formula Baldo a propósito de D. 4, 6, 19.

rista, se atisba enseguida el alcance de la instrumentalización que, en el discurso de los juristas y, en concreto, en la conformación del ordenamiento, corresponde a la ficción: *super mero facto* —expresa el gran jurista de Perugia— *et abstracto a iure* —remacha Baldo— *ius non fingit, quia veritas facti non potest mutari*.

En esta sentencia de Baldo se presenta, a mi juicio, una doble valencia respecto del modo de operar la ficción: de una parte, la de que el derecho —el legislador o el intérprete— sólo finge cuando le interesa, de modo que sobre lo demás hace abstracción y deja que siga, en cuanto verdadero, su natural curso y consecuencia, pero, de otra, la de que, respecto de lo que le interesa y no es, por tanto, *abstracto a iure*, el derecho lo modela —*fingit*— y transforma idealmente —*mutat*— para que así siga la suerte que se le impone a través de la ficción. En definitiva, la ficción modifica el hecho con el fin de dotarle —y aquí se encuentra, a lo que creo, la explicación más plausible de la cuestión— de una falsa calificación<sup>362</sup> de la que hace derivar las consecuencias jurídicas perseguidas: se podría precisar al respecto, con Angelo Falzea, que «la manipulación (en que consiste la ficción) concierne específicamente a la previsión del hecho y sólo de manera indirecta se refleja sobre el efecto»<sup>363</sup> o bien, con mayor amplitud de interrelación alternativa, explicar, con Joanna Schmidt-Szalewski, que se ha esforzado como pocos en diseñar un concepto científico de ficción, que «la ficción jurídica constituye una modificación artificial de una regla de derecho a través del desconocimiento de la lógica —ya sea de las condiciones o de las consecuencias— de su aplicación»<sup>364</sup>. Para esta autora, la ficción supone, en definitiva, una alteración del razonamiento lógico que comporta la calificación o constatación manipulada de la existencia de un conjunto de condiciones que predetermina una cierta solución, mediante la alteración consciente de dichos presupuestos —a través normalmente, de la reducción de su número<sup>365</sup>— o de sus efectos<sup>366</sup>.

Podemos decir, así, a modo de conclusión, que en la modificación de las cualidades que el derecho tiene en cuenta para aplicar una consecuencia jurídica o, lo que es lo mismo, en la alteración de la calificación jurídica que dicha modificación entraña, radica, por tanto, la especificidad estructural de la ficción<sup>367</sup>.

---

<sup>362</sup> A la definición de la ficción como falsa calificación se refiere SILANCE, *La personnalité juridique: réalité ou fiction?*, en *Les présomptions et les fictions en droit* cit., pág. 279.

<sup>363</sup> Cfr. FALZEA, *Riflessioni sulla fictio iuris*, en *Le finzioni del diritto* cit., pág. 123.

<sup>364</sup> Cfr. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les fictions en droit privé*, en *Archives de philosophie du droit*, XX, 1975, págs. 273 a 290, esp. pág. 274 s.

<sup>365</sup> Véase a este respecto, en relación a la presunción *iuris et de iure* y su desembocadura en la ficción, WICKER, *Les fictions juridiques* cit., pág. 12.

<sup>366</sup> Cfr. SCHMIDT-SZALEWSKI, op. cit., págs. 278 a 282.

<sup>367</sup> En el *Dictionnaire de droit et de pratique*, publicado en la primera mitad del siglo XVIII, por Claude-Joseph de Ferrière se precisa, de manera muy apropiada, que «l'effet de la fiction, est d'attribuer à une personne ou à une chose, une qualité qu'elle n'a pas par elle-même»: vid. D'ANGELO, *Note sulla voce «fictio iuris» negli antichi dizionari giuridici*, en *Le finzioni del diritto*, cit. pág. 112.

## 12.2. *El valor permanente y contingente de la ficción*

Como se ha podido apreciar a lo largo de esta disertación, la ficción es vista con escaso favor por muchos juristas modernos. A los ya conocidos epítetos de irracional, infundada, inconcluyente, burda, mendaz y soportada únicamente como remedio último y provisional, se podrían añadir otros muchos que indican igualmente una actitud de rechazo y de desfavor. Así, por ejemplo, se ha dicho recientemente de la ficción que introduce un elemento esotérico en el ámbito del derecho, que supone una renuncia al discurso racional y está divorciada de la lógica y, de manera todavía más grave y por lo que se refiere a las ficciones judiciales, que inficiona el razonamiento de los magistrados con un elemento de arbitrariedad que contradice la responsabilidad que debe constituir la base fundamental de la actividad judicial, para concluir que, en definitiva, su mantenimiento en el derecho positivo o en el razonamiento jurídico no es sino expresión o instrumento del poder, ya sea legislativo o judicial<sup>368</sup>.

En postura concomitante, se piensa, en definitiva, que la eventual necesidad de la ficción, derivada del actual grado de desarrollo del razonamiento jurídico, habrá de disminuir progresivamente y en proporción directa a la eliminación de las imperfecciones del sistema y a la aparición de disposiciones legales más precisas, sencillas y directas<sup>369</sup>.

En la prevención con que los juristas suelen mirar a la ficción late, por lo demás, el escrúpulo de la hipocresía que siempre se asocia, como poco, al enmascaramiento de la verdad. No es, a este respecto, una casualidad la frecuencia con que, desde antiguo<sup>370</sup> y hasta nuestros días<sup>371</sup>, se recuerda en los estudios dedicados a la ficción el viejo brocardo a tenor del cual *qui nescit fingere, nescit vivere*, como si sólo supieran vivir los que saben fingir.

A pesar de todo ello, y de que no hay duda de que la ficción desaparece muchas veces al par de que se perfecciona el razonamiento jurídico y de que progresa la técnica de la legislación, lo cierto es que ni los tribunales dejan de recurrir en ocasiones a la ficción ni que se puede «establecer una estrecha conexión entre la cantidad creciente de leyes y de códigos y la reducción o la desaparición del uso lingüístico de la ficción»<sup>372</sup>. Es más: cabe advertir que se asiste en nuestros días, en aras de una moralización de la contratación o con el designio promocional de la

---

<sup>368</sup> Cfr. GAMBARO, *Costi e benefici delle finzioni giuridiche*, en *Le finzioni del diritto* cit., págs. 134 a 140, esp. págs. 138 s.

<sup>369</sup> Véase, a este propósito, ciertas indicaciones de FULLER, *Legal Fictions*, Stanford, 1967, págs. 49 a 53.

<sup>370</sup> Cfr. ACCETTO, *Della dissimulazione onesta*, 1641, reeditado en Génova 1983, pág. 42.

<sup>371</sup> Cfr. CIPRIANI, *Le finzioni nel processo civile*, en *Le finzioni del diritto* cit., pág. 90; LA TORRE, *La finzione come valore giuridico: ieri ed oggi*, en *Le finzioni del diritto* cit., pág. 141, que atribuye a la influencia del brocardo en cuestión el hecho que la ficción goce de una pésima fama «en el vocabulario y en el sentimiento común».

<sup>372</sup> Cfr. RESCIGNO, *Sulle finzioni del diritto privato: memorie e idee da riodinare*, en *Le finzioni del diritto*, cit. pág. 207.

categoría social constituida por los consumidores, a una verdadera multiplicación de las normas que consideran a ciertas cláusulas contractuales, efectivamente pactadas, como no escritas, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que esta concreta multiplicación del recurso a la ficción constituye, «sin duda, uno de los rasgos más significativos del orden público contemporáneo»<sup>373</sup>. Por lo demás, e independientemente del habitual recurso a la ficción en el pensamiento y en el discurso jurídico-político modernos<sup>374</sup>, es muy fácil observar que el derecho que regula los fenómenos económicos es muy poco sensible en nuestros días a las realidades naturales<sup>375</sup>, por lo que no nos puede sorprender que acoja con facilidad ficciones tan importantes como las que se refieren, afectando a potenciales intereses de terceros, a las sociedades unipersonales o como las que tan frecuentemente aparecen, afectando a los intereses de los contribuyentes, en el derecho tributario<sup>376</sup>.

Resulta, de esta manera, que las ficciones, de una u otra forma, y en cuanto instrumento puramente técnico, están siempre presentes en el razonamiento de los juristas y en el sistema normativo del ordenamiento positivo interno, siendo además también muy numerosas tanto en el derecho internacional privado<sup>377</sup> como en el llamado derecho internacional público<sup>378</sup>. En este sentido, se deben considerar como mecanismos aceptables, en cuanto rindan alguna utilidad<sup>379</sup>, por parte de los operadores jurídicos, de manera que, rindiendo todavía muchas antiguas ficciones esa utilidad, apareciendo otras nuevas y estando presentes unas y otras

---

<sup>373</sup> Cfr., en este sentido, HANNOUN, *Les fictions en droit économique*, en *Droits*, 21, cit., pág. 89.

<sup>374</sup> En ellos aparecen con tanta frecuencia, en efecto, entidades tan generales y abstractas, es decir, ficticias, que ello hace que se desenvuelvan muchas veces en la dimensión discursiva de la ficción; por eso se ha podido decir, acaso con exageración, que, en el pensamiento político moderno, el discurso «hace a menudo jugar a la ficción un papel que anteriormente se confiaba a la historia»: cfr. ZARKA, *État de nature et fiction dans la pensée politique moderne*, en *Droits*, 21, cit., págs. 105 a 111, esp. págs. 105 y 111.

<sup>375</sup> Por lo demás, desde antiguo se sugirió el carácter ficticio del tráfico mercantil: en relación a los títulos de crédito y en particular a la letra de cambio, SCACCIA, *Tractatus de commerciis et cambio* cit., fol. 436 hablaba ya en el siglo XVII de *mercem imaginariam et fictam*.

<sup>376</sup> Cfr. HANNOUN, *Les fictions en droit économique*, en *Droits*, 21, cit., págs. 92 s. En relación al carácter ficticio de las sociedades unipersonales, vid. OPPO, *La legge «finta»*, en *Le finzioni del diritto* cit., págs. 191 s.

<sup>377</sup> Cfr., a este respecto, los arts. 9.10, 11.1, 12.1 (en tema de calificación *lege fori*, tan propicia a la ficción) y 12.1 (que sabe de la ficticia teoría del llamado «rinvio ricettizio») Cc. Sobre la ficción en el derecho internacional privado es clásica la exposición de ZAJTAY, *L'application du droit étranger: science et fictions*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1971, n.º 1, págs. 53 ss. Véase también la inteligente exposición de WESER, *Présomptions et fictions en droit international privé*, en *Les présomptions et les fictions en droit* cit., págs. 144 ss.

<sup>378</sup> Puede verse, a este propósito, el documentado estudio de SALMON, *Le procédé de la fiction en droit international public*, en *Les présomptions et les fictions en droit* cit., págs. 114 a 143.

<sup>379</sup> Tal ocurre, por ejemplo, al decir de TERRÉ, *Introduction general au droit* cit., págs. 341 s., «cuando las categorías y técnicas jurídicas reconocidas no proporcionan el medio de responder de manera aceptable a las cuestiones de derecho que se presentan, o también cuando la aplicación simultánea de dos reglas a una misma situación entraña una antinomia que el recurso a la ficción permite superar».

en el discurso jurídico, las ficciones «son —como se ha dicho— bastante familiares en la teoría del derecho»<sup>380</sup>. Esta íntima compenetración entre la ficción y las formulaciones jurídicas hizo señalar precisamente a uno de los más grandes juristas de los tiempos recientes, el francés Françoise Géný, que las ficciones «hacen aparecer, en el orden intelectual, el artificio que sigue siendo el rasgo distintivo de la técnica del derecho»<sup>381</sup>.

Aparte de encontrarse, como ya se ha indicado, una primera e inmediata razón justificativa de la persistente subsistencia de la ficción en lo efectivo de su virtualidad normativa o doctrinal y de considerar, asimismo, que la ficción, con ser un mero expediente, conserva la utilidad renovada de ser un recurso técnico con el que el jurista se encuentra familiarizado porque forma parte de su propia cultura<sup>382</sup>, puede todavía tenerse en cuenta una última razón en la línea de la misma finalidad argumental sobre la continuada presencia de la ficción. No es arbitrario, en efecto, la constatación de que, con bastante frecuencia, la ficción es un arma de notable valor en el conflictivo contexto de las tensiones sociales que el derecho se propone, desde luego, superar, pero también, a veces, solamente difuminar.

En esta última concreta dirección, sin duda claramente sociológica, se ha podido señalar con razón que «los legisladores modernos, atezados por la exigencia de crear el consenso en torno a los productos legislativos, recurren con enorme frecuencia a ficciones por motivos de oportunidad», poniéndose el ejemplo de que, en lugar de imponer autoritativamente a las partes de un contrato condiciones contra la voluntad al menos de una de ellas, se recurre a la ficción de lo que los anglosajones denominan «implied terms»<sup>383</sup>. En esta misma línea, aunque en otro contexto, podrían también recordarse las tranquilizadoras ficciones que se proclaman a menudo en los textos constitucionales, como aquella, por ejemplo, de que «los españoles son iguales ante la ley» del art. 14 de nuestra Constitución de 1978, que los hechos se encargan a diario de desmentir. Por otra par-

---

<sup>380</sup> Así, PAULSON, *Hans Kelsen et les fictions juridiques*, en *Droits*, 21, cit. pág. 65.

<sup>381</sup> GENÝ, *Science et technique en droit privé positif*, III, cit., n.º 240.

Por lo demás, ya Bártolo hablaba con cierta desenvoltura a propósito de la introducción de las ficciones. Comentando el pasaje D. 48, 19, 16, 10, se refería, en efecto, al *factum pro vero, sicut ponimus nos iuristae*.

<sup>382</sup> Como se ha advertido autorizadamente por uno de los mayores estudiosos contemporáneos de la ficción, el problema de la misma se encuentra incontrovertiblemente «conexo a la estructura íntima de la “realidad jurídica”, de la que aparece como figura no transeúnte sino permanente, aunque destinada a variar en sus contenidos, en sus funciones y en sus motivaciones, a medida que opera de manera diversa el filtro entre los diferentes acontecimientos históricos y las múltiples formas cualificantes». «Cuando, por una razón o por otra —concluye—, las categorías y las técnicas jurídicas consolidadas, es decir, las que forman parte de la “realidad jurídica” instaurada, ya no proporcionan una solución satisfactoria a los problemas que hay que resolver, el recurso a la *factio iuris* puede resultar entonces inevitable»: cfr. TODESCANI, *Diritto e realtà* cit., pág. 465.

Para un planteamiento diferente, menos articulado y puramente positivista, propenso a desplazar de manera decidida la técnica de la ficción, vid., VALLART, *Peut-on éliminer les fictions du discours juridique?*, en *Les présomptions et fictions en droit* cit., págs. 27 ss.

<sup>383</sup> Cfr. GAMBARO, s.v. «Finzione giuridica nel diritto positivo» cit., pág. 351.

te, asistiendo en nuestros días a un incesante esfuerzo de desistematización del derecho y siendo conducidos, según una expresión que ha hecho fortuna, hacia la edad de la descodificación<sup>384</sup>, no deja de contribuir al mismo designio, según ha denunciado el conocido sociólogo del derecho Vincenzo Ferrari, el hecho de que la comunicación interna entre las diferentes culturas de los juristas continúa asentada en lo que puede definirse, de acuerdo con la tradición, como *fictio iuris*<sup>385</sup>.

Es cierto, en cualquier caso, que la ficción constituye —según la definía Jean Dabin— una distorsión por parte del jurista de la realidad natural. Sin embargo, por encima de ello, en cuanto medio técnico de expresión de la norma jurídica y del juicio de valor que la misma contiene, la ficción —como ha dicho entre nosotros Llano Cifuentes<sup>386</sup>— «es una figura más en la que cristaliza la función de crear derecho». Y, como las demás figuras que cumplen tal cometido, la ficción asume un valor, a la vez permanente y contingente<sup>387</sup>, en el sistema del ordenamiento. Esta paradójica mezcla de permanencia y contingencia que conviene a la ficción ha sugerido seguramente a un jurista de nuestros días calificar a la ficción, con evidente «esprit» francés, como la «mal-aimée», la «malquerida» de los juristas<sup>388</sup>, a la que a veces la denigran pero de la que siempre reclaman sus favores.

Probablemente en ésta, como en tantas otras cuestiones jurídicas poco explicables o comprensibles, acaso haya que tener siempre presente que el derecho no fue escrito por los dioses, sino que, según la profunda sentencia de Giambattista Vico, «ciertamente ha sido hecho por los hombres»<sup>389</sup>.

---

<sup>384</sup> Vid., sobre este punto, el conocido libro de IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, con ediciones posteriores. Del mismo existe versión española al cuidado del malogrado civilista Luis Rojo Ajuria, Barcelona, 1992.

<sup>385</sup> Cfr. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Bari, 1995, págs. 66 s.

<sup>386</sup> Cfr. LLANO CIFUENTES, *Naturaleza jurídica de la fictio iuris*, cit., pág. 193.

<sup>387</sup> Ya desde antiguo, desde Baldo, se ha considerado a la ficción como *últimum remedium* y, desde hace ya casi dos siglos, como fórmula jurídica provisional. Baldo, en efecto, mirando ya a la ficción con indudable prevención, sólo la admitía técnicamente como recurso suplementario de la construcción jurídica, *quia* —decía—, *ubi lex secundum veritatem operari potest, non recurritur ad fictionem, quae est remedium subsidiarium*: véase sobre el particular nuestro OLIBANI, Ant., *Commentariorum de actionibus*, vol. I, cit., pág. 182, n.º 21, quien también sentenciaba, siguiendo fielmente al jurista medieval, que *ubi lex secundum veritatem operari potest, non recurritur ad fictionem quia est remedium subsidiarium*, y continuaba *quia in his, quae sunt iuris, si secundum veritatem possunt introduci, non est necessaria fictio suadente aliqua aequitate*.

<sup>388</sup> Cfr. CAYLA, *Le jeu de la fiction entre «come sì» et «come ça»*, en *Les présomptions et les fictions en droit* cit., pág. 3.

<sup>389</sup> Cfr. VICO, *Scienza nova*, 1744, lib. I, sez. III, en la reimpresión preparada por Nicolini, Bari, 1928, págs. 117 s. Sobre el sentido y alcance de esta reflexión de VICO vid. LEVI, *Teoria generale del diritto* (2.ª ed., reproducción anastática), Padova, 1967, pág. 4.





# CONTESTACIÓ

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. DR. RAMON BADENES GASSET



Señor Presidente,  
Señores académicos,  
Señoras, señores:

Sean mis primeras palabras para agradecer el honor que se me ha concedido al designarme para contestar el discurso de ingreso en esta docta corporación del Dr. Don Agustín Luna Serrano, mi querido amigo y jurista eminente como acredita su brillante carrera docente, su actividad profesional y su abundante producción científica en la especialidad de Derecho Civil.

#### DATOS BIOGRÁFICOS DEL DR. LUNA

Nació en Caspe (Zaragoza) el día 11 de marzo de 1935, licenciándose en Derecho por la Universidad de Zaragoza con «Premio Extraordinario». Obtuvo en esta Universidad de Zaragoza el premio a la mejor tesis doctoral leída en el año 1960.

Becario del Instituto Jurídico Español en Roma, también es doctor en Derecho con la máxima calificación por la Universidad de los Estudios de Roma.

#### DOCENCIA

Fue catedrático de Derecho Civil en 1970, y en la Universidad de Barcelona desde 1974, en la que interrumpidamente realiza su labor profesoral con generalizada adhesión del alumnado y demás sectores, lo que puedo acreditar como testigo excepcional ya que coincidimos en la misma cátedra en la que he prestado servicios como Profesor Titular de la misma disciplina hasta mi jubilación reglamentaria.

Aparte de la docencia ordinaria, el Dr. Luna ha dirigido una quincena de tesis doctorales, en las Universidades de Barcelona, Complutense de Madrid, Zaragoza y Córdoba; y en la vertiente internacional, ha sido Profesor visitante en la Uni-

versidad de Roma, y contratado para desarrollar cursos integrativos durante dos cursos académicos en la Universidad de Sassari. También ha dado cursos de postgrado en las Universidades de Almería, Palermo, Catania, Padua, Jalapa, Costa Rica y Católica de Puerto Rico.

#### OTRAS ACTIVIDADES

Forma parte, como Vocal Permanente, de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia y de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña.

Académico de la Real Acadèmia de Doctors (con sede en Barcelona) y de la «Académie des Jusprivatistes Européens» con sede en Pavía, es académico correspondiente de la Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia de Zaragoza.

El Dr. Luna ha compatibilizado su actividad docente e investigadora con el ejercicio libre de la profesión. Se incorporó al Il·tre. Colegio de Abogados de Barcelona en el año 1973.

#### COLABORACIÓN EN CONGRESOS

Los Congresos de Derecho civil en los que el Profesor Luna ha tenido una participación muy activa como ponente son los celebrados en Colombia, Puerto Rico, El Salvador, Brasil y particularmente en Italia. Es de destacar el Congreso celebrado recientemente en la Universidad de Perugia sobre la interpretación jurídica, con una contribución en la sesión de clausura.

Ha participado en un proyecto e investigación financiada, formando parte del llamado «Grupo de Pavía» integrado por unos 25 civilistas de los distintos países (son tres los civilistas españoles), que está redactando el denominado «Código Europeo de los Contratos». Ya se ha finalizado su libro I (normas generales) formado por 137 artículos, que se ha presentado ante la Comisión Europea y el Parlamento Europeo.

El tema de las fundaciones fue tratado en un Congreso celebrado en la Universidad Federico II de Nápoles, en donde el Profesor Luna tuvo a su cargo una ponencia. También organizó y dirigió un simposium en Barcelona sobre la legislación catalana de fundaciones a los quince años de su promulgación.

#### PUBLICACIONES

Entre las publicaciones del Dr. Luna tiene especial relieve la obra *Elementos de Derecho Civil*, en diez volúmenes, de la que es coautor con otros cinco profesores, de cuyos tomos aparecen frecuentemente nuevas ediciones. Esta obra fue

diseñada en su día por el Dr. Lacruz Berdejo y continuada después de su fallecimiento por sus discípulos. Al menos desde el año 1984 el Dr. Luna colabora en su redacción y en su puesta al día. Por lo demás la obra ha conseguido una gran difusión y es bien conocida por los civilistas.

Incluyo por orden cronológico la relación de otras publicaciones con indicación del título, fecha, número de páginas y detalle de la editorial.

—*Disciplina del modo testamentario imposible*, en «Anuario de Derecho Civil», 1968, págs. 109 a 138.

—*La ineficacia de la transacción*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», XXIII, págs. 107 ss. (1980).

—*Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982. Un libro de 382 páginas.

—*La reforma de la legislación matrimonial*, en «Matrimonio y divorcio», Madrid, 1982 (hay 2.<sup>a</sup> ed. de 1994), págs. 16 a 33.

—*Nota mínima sobre la aplicación en Cataluña del artículo 1656 del Código Civil*, en «Centenario del Código Civil», vol. II, Madrid, 1990, págs. 1199 ss.

—*Proyecciones de la libertad de testar*, en «Jornadas Internacionales sobre Instituciones civiles vascas», Bilbao, 1991, págs. 128 a 141.

—*Datos físicos y soluciones normativas*, en «Ünenepi Tanulmanyok, I. Novotni Zoltán», Miskolc, 1991, págs. 365A ss.

—*Comentario de los artículos 1940 a 1960 del Código Civil (de la prescripción del dominio y de los demás derechos reales)*, en «Comentario al Código Civil», tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 2095 a 2149.

—*Los caracteres de la actividad jurídica*, en «Ciencias Humanas y Sociedad», Madrid, 1993, págs. 443 a 451.

—*Las referencias morales del ordenamiento jurídico*, en «Dignidad personal, comunidad humana y orden jurídico», vol. I, Barcelona, 1994, págs. 73 a 88.

—*Algunos aspectos de la vecindad civil*, en «La modernización del derecho civil», Santiago de Compostela, 1994, págs. 39 a 64.

—*El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», XXXV, 1996, págs. 271 ss.

—*El sistema de la responsabilidad civil extracontractual y su fundamento*, en «Responsabilidad civil extracontractual», Barcelona, 1997, págs. 1 a 12.

—*El dret civil català (apunts de lliçons)*, Barcelona, 1997. Un libro de 142 páginas.

—*Previsiones negociales de protección de las personas mayores*, en «Problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores», Córdoba, 2001, págs. 35 a 51.

—*La función del derecho y el ordenamiento jurídico*, en «El derecho en la Facultad (40 años de la Facultad de Derecho de Barcelona)», 2001, páginas 213 a 227.

—*Su alcuni aspetti dell'interpretazione della legge nel diritto spagnolo*, en «L'interpretazione de la legge alle soglie del XXI secolo», Napoli, 2001, págs. 463 a 473.

—*Las reformas del Código Civil español*, en «Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera», vol. II, Madrid, 2002, págs. 445 a 467.

—Comentario al artículo 1 de la Directiva 1999/44 CEE sobre venta y garantía de bienes de consumo en el libro «EU-Danfrechts/Richtline (Kommentar)», Köln, 2002, págs. 105 a 130; ed. inglesa «EU Sales Directive (Commentary)», Oxford, 2002, págs. 91 a 115; ed. francesa, en prensa, de inminente aparición.

—*El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos*, en «Estudios de Deusto», Vol. 51/1, enero-junio 2003, págs. 307 a 316.

—*La coesistenza di piú regimi giuridici civili nel sistema dell'ordinamento spagnolo*, en «L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative», Milano, 2003, págs. 87 a 104.

#### ESPECIALISTA EN DERECHO AGRARIO

El Dr. Luna es un destacado especialista en Derecho Agrario, lo que justifica esta mención separada.

Ha sido becario del Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado de Florencia, dando conferencias sobre esta temática o ciclos de ellas en diversas universidades de Iberoamérica, de Bielorrusia y de Italia; siendo ponente o relator inicial o final en diversos Congresos, especialmente en Iberoamérica y en Italia. Es Presidente de la Asociación Catalana de Derecho Agrario, y miembro electivo del Consejo Científico del Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado de Florencia; y durante dos años ha sido Presidente y ahora es Presidente de honor del Comité Europeo de Derecho Rural con sede en París, Comité que recientemente (año 2003) le ha distinguido con la concesión de su «Medalla de Oro».

Sus publicaciones en esta materia están contenidas en dos libros<sup>1</sup> y unos cincuenta artículos<sup>2</sup>.

En su conjunto toda la mole bibliográfica que constituye la producción jurídica del recipiendario se caracteriza por su rigor y autoexigencia. Su lenguaje es

---

<sup>1</sup> *El patrimonio familiar. La Ley española de 15 de julio de 1952*, Roma-Madrid, 1962, XXX + 275 páginas; e *Informe sobre el proyecto de ley de arrendamientos rústicos*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1980, 88 páginas en folio mayor.

<sup>2</sup> Entre los últimos publicados: *El sentido de la evolución del derecho agrario*, en *Rivista di diritto agrario*, 2002, páginas 754 a 787; y *Panorama normativo del derecho agrario catalán*, en el libro colectivo *Derecho agrario autonómico*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2003, páginas 347 a 406.

tan claro y preciso como sugestivo. Y su plan expositivo siempre muy cuidado con una deseada sistematización necesaria para profundizar en el estudio de las instituciones civiles. Con razón el Ministerio de Justicia le ha galardonado con la concesión de la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort.

## EL DISCURSO

Acabamos de escuchar el discurso del Dr. Luna sobre las ficciones del Derecho que ya constituye la última aportación para añadir a la larga lista de sus abundantes publicaciones jurídicas. Estamos asistiendo a otra ficción al calificar de «lectura del discurso» lo que ha sido la lectura de un resumen con el que el nuevo académico nos ha deleitado siendo consciente de que otra cosa no podía hacer dada la extensión de su trabajo, lo que debemos agradecer porque se trata de un labor añadida ya que es sabido lo mucho que se sufre al resumir o sintetizar con los renunciamientos que esta tarea implica.

Realmente el trabajo que nos brinda el Profesor Luna no es propiamente un discurso o un opúsculo; es una magistral y bien elaborada amplia monografía que comprende dos partes tal como se indica en el subtítulo.

En la primera parte y en lo que se refiere al razonamiento jurídico se contempla la posibilidad de ingresar en el ordenamiento jurídico ciertos supuestos no suficientemente pensados o imprevistos. Gracias a la ficción se amplía el ámbito de la regla sin modificar su texto. Toda esta problemática tratada por el Dr. Luna enlaza con la teoría de la investigación del Derecho, y constituye una valiosa aportación que, a mi juicio, se integra en el ámbito de la metodología del Derecho, y más concretamente en el método de conocimiento.

Después estudia las «ficciones iuris» y su clasificación<sup>3</sup> y las «ficciones legis» muy abundantes en todas las ramas del Derecho<sup>4</sup> y se refiere a la analogía y a la presunción legal como figuras afines a la ficción.

---

<sup>3</sup> *Doctrinales*: La persona jurídica; la continuidad en el heredero de la personalidad del causante.  
*Judiciales*: La adopción; el delito continuado; la «ficción de hembra» para justificar la rectificación del registro civil.

*Negociales*: En la simulación los agentes negociales no desean que valga para ellos lo convenido simuladamente, pero en la ficción que introducen en su convención sí quieren que desenvuelva su eficacia en forma vinculante; filiación matrimonial ficticia establecida mediante el consentimiento de los esposos separados.

<sup>4</sup> En el ámbito del Derecho civil son bien conocidas, entre otras, las siguientes:  
—Las que atañen al nacimiento y a la extinción de la persona física, al domicilio y a la comorriencia.  
—La inmovilización de los bienes muebles prevista en el art. 334 del Código civil.  
—La consideración del inmueble de los buques a efectos de la hipoteca naval.  
—La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero desde el momento de la muerte del causante (art. 440 del Código civil).



En cada supuesto el Dr. Luna analiza en profundidad y siguiendo una limpia trabazón lógica las ficciones que llega a incluir con ejemplar perseverancia, sin regatear esfuerzos. Basta decir que los autores citados exceden de los trescientos y que las notas complementarias insertas en pie de página ocupan tanto espacio como el texto.

Afirma —sin duda por su característica modestia— que el trabajo que hoy presenta es incompleto, de lo que me permito disentir, porque si el Dr. Luna se refiere a que no todas las ficciones de la ley han sido contempladas exhaustivamente, creo que intentarlo hubiera sido misión imposible, y con todo lo efectivamente aportado ha conseguido ampliamente el objetivo perseguido, a saber: afirmar en una elocuente exposición generalizada que la ficción como figura fundamental de la técnica jurídica es ciertamente contradictoria de la verdad, pero también constituye una realidad jurídica de innegable utilidad que ayuda a simplificar complejos problemas jurídicos.

Debemos agradecer al Profesor Luna el meritorio regalo que nos brinda, felicitarle muy efusiva y cordialmente y desearle largos y fecundos años de vida académica.

---

—La continuidad posesoria, relevante a efectos de la prescripción adquisitiva del art. 466 del Código civil.

—Como alternativa a la tradición real del art. 1462.2 y 1463.

—El contrato entre ausentes se entenderá celebrado en el lugar en que se hizo la ferta (art. 1.262 del Código civil).

—Se considera subsistente la hipoteca sobre el usufructo extinguido como medio de protección al acreedor hipotecario (arts. 513, 3.º y 5.º, y 520 del Código civil).

—Se tiene por no puesta la condición de no hacer una cosa imposible (art. 1116.2 del Código civil).

—Se presume que la donación se ha hecho en fraude de acreedores cuando el donante no se haya reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores (art. 643.2 del Código civil).

—La aceptación y repudiación de la herencia se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda (art. 989 del Código civil).

—También el Dr. Luna relaciona los numerosos supuestos de ficción legal que se encuentran en el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña.

## ÍNDICE

<i>Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número II·lm. Sr. Dr. Agustín Luna Serrano</i> . . .	7
I. El entorno y el sentido de las ficciones del derecho . . . . .	8
1. A propósito del tema elegido . . . . .	8
1.1. La inclinación por el tema de las ficciones jurídicas . . . . .	8
1.2. Razones adicionales de la elección . . . . .	9
2. Conocimiento, fabulación, arte e imaginación en el razonamiento jurídico . . . . .	11
2.1. La contaminación de conocimientos en el razonar de los juristas	11
2.2. La fabulación en el razonamiento jurídico . . . . .	12
2.3. Realidad jurídica y realidad sustancial: el derecho como arte .	15
2.4. La versatilidad plástica de la formulación del derecho . . . .	19
3. La ficción en la formulación del discurso jurídico . . . . .	20
3.1. Referencia inicial al derecho como lenguaje . . . . .	20
3.2. El derecho como lenguaje preceptivo y el alcance calificativo de sus proposiciones normativas . . . . .	23
3.3. Aproximación al significado de la ficción en el derecho . . . .	25
II. Clases de las ficciones del derecho . . . . .	30
4. Indicaciones generales . . . . .	30
4.1. Las razones de la colocación de este apartado . . . . .	30
4.2. Las clasificaciones de las «ficciones iuris» . . . . .	31
5. Las ficciones doctrinales . . . . .	32
5.1. Su empleo como explicaciones constructivas . . . . .	32
5.2. Un caso ejemplar: la ficción de la persona jurídica . . . . .	34
5.3. La fecundidad doctrinal de la ficción de la continuidad de la per- sonalidad del causante y su actual superación . . . . .	37
5.4. La ficción kelseniana de la norma fundamental . . . . .	39

5.5. Otras ficciones doctrinales . . . . .	40
5.6. Referencia a las entidades ficticias . . . . .	41
5.7. Consideraciones conclusivas . . . . .	42
6. Las ficciones judiciales . . . . .	43
6.1. Las ficciones judiciales y sus posibles funciones . . . . .	43
6.2. Las ficciones judiciales en el derecho romano . . . . .	43
6.3. Las ficciones judiciales en el derecho inglés . . . . .	45
6.4. La configuración jurisprudencial de la ficción legal del delito continuado . . . . .	47
6.5. Una referencia judicial a la naturaleza ficticia de la adopción . . . . .	50
6.6. La «ficción de hembra» en la jurisprudencia del Tribunal Su- premo . . . . .	51
6.7. La argumentación ficticia del fallo judicial . . . . .	54
7. Las ficciones negociales . . . . .	54
7.1. Concepto y admisibilidad . . . . .	54
7.2. Algunas ficciones negociales previstas en la ley . . . . .	55
III. Las «ficciones legis» . . . . .	56
8. Concepto, antecedentes, fundamentación, admisibilidad y caracteres de la ficción legal . . . . .	56
8.1. El significado de las ficciones legales . . . . .	56
8.2. La «fictio legis» en el derecho romano . . . . .	58
8.3. La justificación práctica de la ficción . . . . .	60
8.4. La tesis de la exclusiva admisibilidad de la «fictio legis» . . . . .	61
8.5. La rigidez consecuente de la virtualidad de la ficción . . . . .	63
9. Algunos supuestos característicos de ficciones legales . . . . .	67
9.1. Breve enunciación de «ficciones legis» . . . . .	67
9.2. Clases de ficciones legales . . . . .	74
10. Las ficciones legales y algunas figuras afines . . . . .	77
10.1. Analogía y ficción legal . . . . .	77
10.2. «Fictio legis» y presunción legal . . . . .	80
IV. Observaciones conclusivas sobre el «modus operandi» y el valor de la ficción . . . . .	84
11. Planteamiento de la cuestión . . . . .	84
11.1. Introducción preliminar . . . . .	84
11.2. Las posturas doctrinales típicas acerca de la ficción . . . . .	86
12. El ámbito operativo y el valor actual de la ficción . . . . .	90
12.1. El «modus operandi» de la ficción . . . . .	90
12.2. El valor permanente y contingente de la ficción . . . . .	94

<i>Contestació de l'acadèmic de número II·lm. Sr. Dr. Ramon Badenes Gasset</i> . . .	101
Datos biográficos del Dr. Luna . . . . .	101
Docencia . . . . .	101
Otras actividades . . . . .	102
Colaboración en Congresos . . . . .	102
Publicaciones . . . . .	102
Especialista en Derecho Agrario . . . . .	104
El discurso . . . . .	105