

Mitos y ficciones jurídicas. Valoración (1)

Edgardo I. Saux (2)

SUMARIO: I. Una "vexata quaestio": la presencia y existencia de las ficciones en el mundo del Derecho. - II. Ficciones y mitos. - III. Ficciones y metáforas. - IV. Ficciones y analogía. - V. Ficciones y apariencia. - VI. Ficciones y presunciones. - VII. Conclusiones.

Es relevante intentar diferenciar conceptualmente a las ficciones de otros supuestos en los cuales la ley o el dogma interpretan la realidad, con finalidades variadas, que van desde el mantenimiento operativo de estructuras jurídicas ancestrales —mitos— al de mecanismos de técnica jurídica —metáforas—, a la teoría de la hermenéutica —analogía—, al resguardo de la buena fe subjetiva —aparición— o a la asignación de cargas probatorias —presunciones—.

El tema de la existencia de ficciones en el ámbito de la ciencia jurídica —ya desde sus orígenes históricos— ha sido objeto de análisis críticos y consideración, singularmente desde la teoría general del Derecho y desde el campo de la filosofía.

En su tesis doctoral, (3) Enrique Mari analiza quizás con una profundidad y consistencia técnicas en la doctrina nacional argentina la presencia y la interrelación de las ficciones en la ciencia, la literatura, la filosofía y el derecho.

En el prólogo de esa obra, el profesor Harald Weinrich (4) resalta que "... en la abundante bibliografía de esta disciplina (la teoría del derecho) parece admitido que ningún sistema jurídico, ni siquiera en sus manifestaciones más positivistas, es concebible sin presunciones y otras ficciones necesarias en las que se fundamenta nuestra sociedad civil". Y agrega que en la literatura argentina Borges evidencia la perfecta amalgama de ellas con el mundo literario a partir de la racionalidad minuciosamente respetada y de un imaginario fantástico ilimitado que se desgrana de cada una de las parábolas contenidas en su libro precisamente titulado "Ficciones", el cual

le fuera obsecuado justamente por Enrique Mari. (5)

Otra de las cabezas jusfilosóficas más lúcidas de la Argentina, Ricardo Guilbourg (6), hablando de "los juristas entre las hadas", menciona que "... el hombre, cualquiera sea el grado de cultura que haya alcanzado, está sometido a un bombardeo de ideas cargadas de magia", y que toda esa mitología, que está presente en las artes y en el lenguaje, evidencia que "... el discurso jurídico es espeelmente hábil al mecanismo descriptivo", y los Tolkien, los Andersen, los Perrault y los Grimm encuentran sus correlatos en el campo de la ciencia jurídica.

Históricamente —y aunque la referencia al tema, por razones lógicas de extensión, deba hacerse de modo singularmente sucinto— pareciera haber cierto consenso en admitir que tanto en Medio Oriente (con su hito referencial vinculado al Código de Hammurabi) como en la cultura griega, el empleo de las ficciones, quizás profuso en las letras, la teología y la filosofía, no tuvo similar repercusión en el ámbito jurídico. (7)

Sin embargo, es quizás el derecho romano el ámbito en el cual ellas aparecen en su esplendor (8), probablemente vinculadas al sistema sacralizado y "per formulam" que impregnaba el proceder judicial del sistema jurídico en la época del Imperio, que concebía al pretor la "formula-ficción" para crear un nuevo derecho desconocido hasta el momento.

Como señala Guilbourg (9), "... todo lo referente a las aspiraciones e intereses del hombre se halla recubierto desde la antigüedad por una densa capa de sacralización que supone imposible penetrar su realidad trascendente, somete las prácticas a ritos (como los del juicio oral, especialmente si se decide por jurados) y convierte a jueces y abogados en sacerdotes de un culto aproximadamente laico".

En ese diseño romanista, las expresiones "fictio" y "fingere", en la opinión de Mari (10), se usaban en un sentido técnico-legal para denotar una construcción a través de la cual se asumen ciertos actos con el completo conocimiento de la falsedad de la asunción, la cual

era impuesta por la ley e irrefutable (como lo son nuestras prestaciones "iuris et de jure" en el derecho contemporáneo), y su objeto era crear, extender o explicar una regla legal.

El tema como tal amerita consideraciones mucho más profundas que las aquí reseñadas, pero es interesante el enfoque que, entre otros, le diera Rudolf von Ihering (11), quien sostenía que cabía diferenciar la "función histórica" y la "función dogmática" de la ficción como concepto aplicado al mundo jurídico, señalando que la primera era propia de legislaciones formalistas como la romana, lo que explica su persistencia en los sistemas jurídicos contemporáneos que se nutren de ella (influenciando incluso legislaciones tradicionalistas, como la inglesa), haciendo que en estos casos, aun artificial, sea un elemento útil que sirve para dar extensión y elasticidad a las instituciones de derecho escrito. De allí su célebre fórmula: "La ficción es una mentira técnica consagrada por la necesidad".

De alguna manera, Gény (12) coincide con esa mirada, asignando a la ficción un rango de elemento de técnica jurídica que si bien distorsiona la realidad "y la traduce en otros rasgos que deforman su naturaleza original", lo hace "para alcanzar el fin preconcebido que ordena el orden público", vale decir, es una representación técnica y a veces necesaria de la realidad formal o natural que supone "un trabajo del espíritu sobre la realidad social", que a su vez tiene una función explicativa y constitutiva del sistema normativo.

Es que, como lo interpreta Julien Bonnesse (13), Gény se pronuncia "contra la oportunidad de las ficciones, pero no contra su legitimidad", argumento que rechaza de plano el primero, señalando enfáticamente el disvalor que a un sistema jurídico diseñado bajo la estructura metodológica de la ciencia aportan las ficciones. En sus palabras "... O el empleo de la ficción es necesario o no lo es. En esta última hipótesis —que es la verdadera— suprimamos, para siempre, del dominio del Derecho ese parásito que es la ficción".

El empleo de ficciones en esa etapa histórica del derecho romano Imperial tenía varias manifestaciones puntuales. Así, por ejemplo, en las Institutas de Gayo se disponía que si

un extranjero accionaba o era demandado en una "actio damni iniuriae" — en virtud de la "Lex Aquilia" — se celebraba el juicio fingiéndose que era un ciudadano romano. Otra ficción aparecía por ejemplo contenida en Instituto 4.38, que permitía resguardar los derechos del acreedor si su deudor era sometido a "capitis diminutio", y en tal caso el pretor podía expedir una fórmula ordenando al Juez aceptar como un hecho que ella no había ocurrido, lo cual permitía mantener "viva" la acción para el cobro de la acreencia. (14)

En las *Institutas Justinianas* (15), también, por ejemplo, se disponía que si el ascendiente cae en poder de los enemigos y es hecho esclavo, el estado de los hijos permanece en suspenso, y si el primero regresa recobra todos sus derechos —entre ellos la *patria potestas* sobre ellos—, aunque si muere en esclavitud sus hijos son considerados "sui iuris" desde el día en que el padre fue hecho prisionero. De igual manera, cuando un esclavo era manumitido en condiciones tales que se le confería el estatus no sólo de hombre libre, sino de libre de nacimiento, se incluía la concesión imperial con la cláusula "como si hubiera nacido ingenuo", lo que implicaba la ficción de un nacimiento en libertad que en los hechos no había sido así.

Es interesante la reflexión que se formula (16) respecto a la incidencia que la religión judío-cristiana tiene en la conformación de ficciones tanto en el mencionado derecho romano Imperial como en su ulterior proyección en el período medieval, en el cual el mundo del ser aparecía desbordado "por los signos y los indicios de la sobrenaturalidad divina". Para los primeros glossadores se equiparaba a la Naturaleza con Dios, y como derivación lógicas de ello en el ámbito propio del Derecho Civil se forjaban dioses a través de la consagración, se cambiaba la vida en muerte (muerte civil) y la muerte en vida (restitución), las personas en cosas (disminución estatutaria) y las cosas en personas (personificación), "se abofa la distancia y el tiempo, para cambiar la ausencia en presencia". (17)

Consecuentemente, el derecho transformaba la cantidad, la cualidad, la relación (al

CONTINUAR EN LA PÁGINA 2

DOCTRINA. Mitos y ficciones jurídicas. Valoración

Edgardo I. Saux

BIBLIOGRAFÍA. Criminología I

Autor: Vincenzo Maria Mastroratti. Comentario: José Luis Parricelli

NOTA A FALLO. Expropiación irregular y patrimonio histórico

Afonso Butelar

JURISPRUDENCIA

EXPROPIACIÓN INVERSA. Inmueble declarado como monumento histórico-artístico nacional. Ausencia de calificación de utilidad pública. Efectos. Disidencia. (CS)

QUIEBRA. Acción revocatoria concursal deducida por el síndico. Condiciones exigidas por el art. 119 de la ley 24.522. Planteo de caducidad. Cómputo del plazo previsto en el art. 124. Inicio desde el decreto falencial. Disidencia. Interpretación de la ley y garantía de propiedad. (CNCom.)



Mitos y ficciones jurídicas. Valoración

DEL VALLE DE TAHA

Instaurar una relación filiatoria con quien no era el hijo biológico, sino el adoptivo, la acción (ficción de representación), el tiempo (ficción de retroactividad), el lugar (el "ausente" contumaz que es letrado como presente en el juicio), o del presente como ausente (el demente).⁽¹⁾ Todo ello implicaba artificios ("artificios"), simulacros ("simulacros") y ficciones ("ficciones"), "ficciones" empleadas por los comentaristas de la Edad Media para adecuar el mundo jurídico a sus complejidades ficticias del mundo real.^(1B)

No obstante, y paulatinamente —probablemente a partir del Siglo XIII— los juristas empezaron a mirar con recelo todo este juego ficcional propio del derecho clásico, singularmente en tanto su resultado deviene inconciliable con la verdad real, o al menos científicamente comprobable.

Toda una escuela justifilológica subsiguiente —fundamentalmente alemana y holandesa—^(1B) manifiesta, con argumentos múltiples, un abierto rechazo hacia la admisión del sistema de ficciones dentro del ámbito de la ciencia jurídica, señalando, por ejemplo, que al aceptarse a las ficciones como verdaderas "... se constriñen capas tras capas de normas, principios y reglas que, en todo o en parte, son falsos" (Joseph Esser),⁽²⁾ o que si convirtieran las ficciones fácilmente en el punto de partida del razonamiento legal, al no ser fácilmente diferenciables de las doctrinas legales, "... son tan malas como premisas para razonar, a partir de las cuales se usan de base para la construcción y desarrollo de anomalías y desafortunadas proposiciones" (Roscoe Pound); o que siendo el Derecho pura voluntad —en el sentido de Stammler—, "... un mandato y una regla obligatorias existen en verdad y no pueden ser no verdaderas, ni tampoco posiblemente verdaderas (hipótesis), o ciertamente no verdaderas (ficciones)" (August Sturm).

Una variable dentro de esta mirada negativa del empleo de ficciones jurídicas es la de quienes (20) propician que en realidad sí se da ficción consistente en la imputación de una circunstancia irreval con una real, las ficciones en el Derecho no signen tal línea conceptual, toda vez que en ellas esa representación "con-

tra veritatem" no va dirigida contra el orden natural de las cosas, sino que se desdiseña en puro anhelo de las formas, y conlleva nada más que una descripción jurídica de fenómenos físicos con la intención de interpretarlos, describirlos, calificarlos o asignarles consecuencias normativas, pero sin pretender desvirtuar lo que es propio de la naturaleza de las cosas.

Así, Eggenz (21) postula que es claro que no hay ficciones en las esencias, sino solo en las palabras o en la mera forma cuando se dice que el endoso de un documento al portador es supuesto un endoso en blanco; o que el acto de un agente es supuesto ser acto del principal; o que un feto no nacido es considerado persona para adquirir derechos; o que un nacido muerto es considerado como si nunca hubiera existido, casos en los cuales no se finge ni se ficcionan hechos, sino que se dirigen a efectos jurídicos a determinados eventos o circunstancias por razones de interés jurídico.

Quizás, y dentro del marco del derecho inglés —singularizado por su impronta conservadora y apegada a las formas—, un interesante debate que gira en torno del tomo que analizamos haya sido el generado entre dos relevantes figuras jurídicas del Siglo XVII, William Blackstone y Jeremy Bentham.

El primero de ellos —recuerda Mari— autor de la conocida obra —en su época— "Comentarios sobre las leyes de Inglaterra" (22), propugnaba de alguna manera no sólo la necesidad, sino la inevitabilidad del empleo de ficciones para justificar el sistema jurídico inglés, sustentado en la autoridad del Rey. Recordando una vieja ficción política de la época de los Tudor —"Los dos cuerpos del Rey"— Blackstone mencionaba que el rey, como persona privada, está como todo mortal sometido a enfermedades, a la vejez y a la muerte, no pueda ser menor de edad, y ni siquiera puede errar o aún pensar mal, "no caben en él ni la locura ni la debilidad". Pero, como persona pública y representación con ello de la Corona, del Estado y de la Ley, "el Rey nunca muere", e ilumina el sentido de Justicia que dimana de cada pronunciamiento de los Tribunales.

Esta suerte de ficción fisiológica produjo el rechazo más virulento de Jeremy Bentham (23) y de F. Maitland (24), quienes atribuyen a las ficciones ser "el modo más pernicioso y vil de la mentira", agregando —en cita de Jerome Frank (25)— que "... en el derecho inglés la ficción es una sifilis que corro en cada vena y

conduce a cada parte del sistema al principio de putrefacción", y, siendo que las ficciones son falsas, "... el Juez que inventa una ficción debería ser enviado a la cárcel".

Pero quizás uno de los autores que desde la mirada neokantiana de la filosofía jurídica mayor atención y análisis haya dedicado al tema de las ficciones haya sido Hans Vaihinger (26), para quien la ficción es "un arbitrario desvío de la realidad", pero que se caracteriza por el expreso reconocimiento de su carácter de tal, y "la ausencia de cualquier reclamo de realidad". En las ficciones "... el pensamiento comete errores deliberadamente, pero se trata de un error especial: consciente, práctico y completamente útilifer. Cada ficción debe justificarse en sí misma el servicio que presta, el papel que cumple".

Recuerda el jurista vienés que todos los campos del pensamiento contienen ficciones, ya sea abstractos (como el "homo economicus" de Adam Smith), analógicas (la sociedad como un organismo viviente, en la teoría organicista sobre la naturaleza jurídica de las personas de existencia ideal), físicas (como la fuerza de gravedad de Newton) o metafísicas (como la existencia del alma).

Y cuando, relacionando la vinculación entre hipótesis y ficción (como sucede, por ejemplo, en el pensamiento de Stammler) confronta ambos conceptos, alude a que "la hipótesis es comparable a un descubrimiento, la ficción a una invención".

Para él la ficción no es otra cosa que un procedimiento de lógica jurídica sustentado en un consciente apartamiento de la realidad, pero destinado a producir efectos jurídicos, siendo así y de alguna manera "una mentira aceptable", que singulariza con la figura del "como si".

Entiende Vaihinger que no hay campo más férax para la cría de ficciones que la ciencia jurídica, lo que se justifica con un mecanismo psicológico del legislador y del juez quienes, no pudiendo captar todas las cosas particulares que la realidad y la naturaleza humana ofrecen, "... ciertos casos de naturaleza ajena a la norma son considerados como si pertenecieran a ella".

Mari (27) proyecta la interrelación del pensamiento de Vaihinger con la de otros filósofos contemporáneos —como el destacado profesor de la Universidad de Stanford y autor del libro "El caso de los exploradores de Gavernas", Lon Fuller (28) — para quien el

concepto de "ficción" es relativo en tanto suponga la mera falta de contraparte física en nuestros procesos intelectuales, ya que nada implica que nuestras mentes deban ser como "espejos que reflejen la naturaleza en su totalidad", "Nuestras mentes..." —sostiene— "son instrumentos que nos habilitan para tratar con el mundo, y no interesa que alteren la realidad, en tanto esa alteración tenga como objetivo final un resultado jurídicamente plausible y valioso. (29)

Consecuentemente con ello, Fuller define a la ficción como "una afirmación consciente de su falsedad o como una falsa afirmación a la cual se le atribuye, no obstante, una cierta utilidad", la cual, como decía Géty (30), mientras desnaturaliza la realidad profunda, paradójicamente, regira.

No pareciera ser ajena a esta mirada la de Santi Romano (31), quien señala que el derecho a veces refleja la realidad, a veces extrapola realidades de otros ámbitos del pensamiento, y otras crea *ex novo* determinadas realidades, a las cuales uno siempre resulta correcto calificarlas como ficciones.

En un singular y lúcido trabajo (32), el profesor de la Universidad de Buenos Aires Miguel Federico De Lorenzo analiza el posicionamiento de las ficciones jurídicas en el pensamiento marxista y en la Teoría Pura del Derecho, señalando la paradoja de que ambas, las que en algún momento se acusaron mutuamente de ocultar la realidad social bajo una "niebla ideológica", coinciden en negar la existencia de las ficciones como elemento formal, necesario o al menos útil para el Derecho. El marxismo, por su parte, la ficción jurídica es sólo parte de una ficción mayor (la superestructura ideológica del derecho burgués, detrás de la cual aparece la verdadera esencia de la lucha de clases); y la teoría kelseniana a partir de su singular positivismo proclamando que "el Derecho no es nada real", y lo importante es que no presente internamente contradicciones lógicas, pero no las relacionamos con el mundo exterior.

De Lorenzo efectúa una más que interesante e inteligente distinción entre lo que él llama las ficciones "del Derecho" y las ficciones "en el Derecho". (33)

Las primeras (las ficciones del Derecho) son aquellas que emplea el ordenamiento por razones de política legislativa y que, bajo claro aspecto, serían "necesarias y funcionales" al mismo sistema jurídico (serían, estimamos nosotros, las ficciones consideradas en

[NOTAS]

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) "... De la misma manera que el derecho, por su poder de abstracción, crea personas y cosas que no existen en la naturaleza, así a veces llega hasta crear hechos imaginarios que no tienen realidad alguna, y obra como si hubieran existido..." (VILEZ, SARTIPILLÉ, *Ubicación, nota a la Sección Segunda del Libro Segundo del Código Civil*).

(2) Sobre la base del discurso de incorporación como miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(3) "Ficción" en la teoría de las ficciones, presentada y defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el año 2000, y publicada por Abeledo en el año 2002.

(4) Catedrático en romanística del Collège de France. (5) "En, específicamente dentro de él, los relatos 'La libélula de Babel', 'Paves de mercaderes' y 'Pierre Menard, autor del Quijote'.

(6) "Mujer, cultura y derecho", en revista "Anomía", n.º 32, abril de 2010, México, IPAM, p. 188.

(7) Mari ("La teoría...", op. cit., p. 258), cita las palabras más concurridas de Georges Boyer ("Sobre algunas oraciones de la ficción en el derecho oriental", en "Revista Internacional del Derecho de la Argentina", 3.º Serie, 1961, París, Ed. Mélanges, 1965, pp. 73-100), y de PRINGSHEIM, Franz ("Synthol und fiction in antiken recht", en "Stellen in der Geschichte der Philosophie", Múnich, 1954, Vol. 4, pp.

21/10/2), pero personalmente coincide con la opinión calificada de Hans Vaihinger ("Die Philosophie des als ob", 8.ª edición, Metzner, Leipzig, 1922), quien interpreta que los griegos no diferenciaban completamente el mismo ente entre el pensamiento (de la ficción) y la realidad (ficticia), con lo cual "... la ficción valdría científicamente es, ante todo, hija de la época moderna".

(8) Las "Institutas" de Guyo, y el "Digesto" y las "Institutas" del Emperador Justiniano así lo evidencian con claridad.

(9) "Mujer, cultura y derecho", op. cit.

(10) "Luceo", op. cit., p. 268 y ss.

(11) "Espirit du Droit Romano", t. III, p. 61 y ss.

(12) OENY, Principios, "Ciencia y técnica en Derecho Privado Positivo", París, 1921, t. III, p. 340.

(13) "Elementos de Derecho Civil", Volumen XV, t. III, Editorial José Cajica, México, 1945, p. 43.

(14) MARI ("La teoría...", op. cit., p. 201) deriva de este ejemplo el rango ontológico propio del empleo de ficciones en esta etapa de la evolución jurídica. La figura demuestra que por una parte se asume como cierta la existencia de un hecho claramente falso (que el demente no había sufrido la "psiquiatría diminuta"), que esa falsa asunción es consciente y deliberada, y que la función de la ficción es crear una acción no admitida por el derecho objetivo pero fundada en razones plausibles de justicia, o, si se quiere, equidad.

(15) "Institutas de Justiniano", con notas de ORTIZ-LÁN, M., Buenos Aires, Editorial S.R.L., 1976, ver 1.2.5 y 1.2.6.

(16) MARI, "La teoría...", op. cit., p. 205.

(17) *Ibidem*, p. 260.

(18) Es interesante por ilustrativo una cita de Baldo de Ubaldo, quien, explicando las glosas de Accursio y Bartolo de Saxenrope, justificaba así "... la ficción lleva a la naturaleza. Luego la ficción tiene lugar únicamente allí donde la verdad real".

(19) MARI ("La teoría...", op. cit., p. 270 y ss.) hace un pormenorizado análisis de las opiniones de quienes la conforman.

(20) Somló, Holder, Eggenz, Esser, Olivier.

(21) "Acción del Juez de las ficciones jurídicas", Amsterdam, Inaugural Address, 1968.

(22) "Commentaries on the Laws of England", Londres, 1765.

(23) "Fragmento sobre el gobierno", Madrid, Aguilar, 1978. Como fundador y director de la escuela utilitarista, nunca imaginable fuera su posicionamiento.

(24) "Selected Essays", Cambridge, 1901, p. 104 y ss., quien con ironía y sarcasmo lo iguala a quienes atribuyen a Luis XIV en Francia de "l'Etat c'est moi", recordaba el caso de Jorge III, quien debió dirigirse al Parlamento inglés para pedir permiso para utilizar de un territorio "como hombre y no como Rey".

(25) "Law and the modern mind", Gloucester, Mass., Peter Smith, 1971, p. 42.

(26) "Die Philosophie des als ob" ("La filosofía del 'como si'"), en la Revista "Anales de Filosofía" ("Annalen der Philosophie") editada en Viena entre los años '20 y '30 del siglo XX.

(27) "La Teoría...", op. cit., p. 217 y ss.

(28) Fuller, Ed., Lon L., "Legal Fictions", University Press, Stanford, 1964, p. 197.

(29) Lo elongifica con el concepto de "persona" aplicado a los seres ideales. (Prohamente, hoy allí una ficción, pero "energida" en cuanto al bien asuntivo, en conforme al elemento unidad conceptual a una agrupación de voluntades que ilusivamente no lo tiene, le quitamos a ello los atributos y cualidades que no son inherentes a su esencia (y.g. la aptitud de engendrar, o adoptar, o enseñar, etc.). Con lo cual para Fuller una ficción "está muerta", cuando la mayoría de las personas haya acordado a hacer necesaria esa corrección de modo intuitivo.

(30) "Ciencia y técnica...", op. cit., t. III, p. 317.

(31) "Recht als Juralität", en "Fragmentos de un diccionario jurídico", Buenos Aires, 1964, reproducción de Santiago, San de México y Ayerre Redín, p. 352.

(32) "Sobre ficciones y mitos en el Derecho Privado", LA LEY, 1977-A, 854.

(33) "Sobre ficciones y mitos...", op. cit., p. 860.