FICCIONES JURÍDICAS

La expresión 'ficción jurídica' puede ser entendida al menos en dos sentidos: en un primer sentido significa 'ficción legal'; en un segundo sentido significa 'entidad jurídica fingida o ficticia'.

1. *Ficciones legales*

1.1. *Definición*

La expresión 'ficción legal' se refiere a disposiciones jurídicas que con frecuencia tienen la forma 'los *F* se considerarán como *G* (o cómo no *G)'*.

El sentido que el pensamiento jurídico atribuye a las disposiciones que presentan esa forma es el de que los *F* son *G* (o no *G).* Se comprende pues que algunos autores afirmen que las ficciones legales son similares a las definiciones legales [1]. Aunque mi opinión es que las ficciones legales, al igual que las definiciones legales, son disposiciones cualificatorias, disposiciones que atribuyen la cualificación de *G* (o de no *G)* a las entidades que tengan la propiedad *F* o que pertenezcan a la clase *F* [2].

Una vez visto el género (disposiciones cualificatorias) al que pertenecen las ficciones legales, veamos cuál es su diferencia específica.

Las disposiciones cualificatorias, aunque desde el punto de vista sintáctico no se diferencien de las oraciones asertivas, no son oraciones asertivas, susceptibles de verdad o falsedad (al establecer una disposición cualificatoria, el legislador no pretende afirmar o negar nada). Y lo que vale para el

1 Harald KINDERMANN: «Der Allgemeine Teil des Sozialaesetzbuchs. Eine Kritik aus der Sicht der Gesetzgebungstheorie», en U. Klug, Th. Ramm, F. Rittner, B. Schmiedel (Hrsg): *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig,* Springer, Berlín, Heidelberg, New York, 1978, pp. 99-109, pp. 103-104. Viktor KNAPP: «Einige Fragen der Legaldefinitionen», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXVI (1980), pp. 511-533, p. 519. Dieter MEURER: «Die Fiktion als Gegenstand der Gesetzgebungslehre», en Jürgen Rödig (Hrsg.): *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung,* Springer, Berlín, Heidelberg, New York, 1976, pp. 281-295, p. 289. Jürgen RODIG: «Logik und Rechtswissenschaft», en Dieter Grimm (Hrsg.): *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften. Zweiter Band,* C.H. Beck, München, 1976, pp. 53-79, p. 77. Jürgen RODIG: «Logische Unterssuchungen zur Makrostruktur rechtlicher Kodifikate», en Jürgen Rödig (Hrsg.): *Studien...,* cit., pp. 592-611, p. 610. Jürgen RODIG: «Einige Regeln für korrektes Legal-Definieren», en Jürgen Rödig: *Schriften zur juristischen Logik,* herausgegeben von E. Bund, B. Schmiedel, G. Thieler-Mevissen, Springer, Berlín, Heidelberg, New York, 1980, pp. 323-327, pp. 323-324.

2 Por consiguiente, las ficciones no son disposiciones prescriptivas, no son mandatos. En el mismo sentido, F. Somló escribió que las órdenes o mandatos *(Befehle)* no son apropiados para las ficciones (Cfr. Félix SOMLO: *Juristische Grundlehre* [1917], Scientia, Aalen, 1973, pp. 524-525). Mientras que, en sentido opuesto, J. Ch. Gray sostuvo que la ficción en Roma era un mandato *(mandate),* una prescipción dirigida al juez, como la siguiente: «Si en el caso de que Aulio hubiese sido un ciudadano romano tal sentencia habría debido ser pronunciada, entonces pronuncia tal sentencia» (Cfr. John Chipman GRAY: *The Nature and Sources of Law* [1909], Peter Smith, Gloucester, Mass., 1972, p. 32). A mi modo de ver, una disposición legal de ese tenor no sería una ficción.

género vale también para la especie: tampoco las ficciones legales son susceptibles de verdad o falsedad [3].

Sin embargo, las ficciones legales tienen, al igual que todas las disposiciones cualificatorias, forma asertiva. Y la diferencia entre las ficciones legales y las restantes disposiciones cualificatorias se halla en el hecho de que si esas oraciones formalmente asertivas, que llamamos 'ficciones legales', fuesen consideradas como auténticas aserciones, susceptibles de verdad o falsedad, serían oraciones patentemente falsas, incluso, en algún caso, contradictorias.

1.2. Ficciones y remisiones

A. *La ficción del concebido como nacido*

Como ejemplo típico de ficción legal se suele mencionar la disposición, que voy a llamar *FL*, que establece que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables.

Según una posible interpretación, el sentido de esta disposición sería el siguiente:

> (1) Si *x* es concebido y *d* es una disposición jurídica que se refiere (en su supuesto de hecho o en su consecuencia) a los nacidos y el efecto de *d* (previsto en su consecuencia) es favorable para *x*, entonces *d* se refiere a *x*.

Obsérvese, antes de seguir adelante, que si el consecuente de (1), '*d* se refiere a *x*', es sustituido por '*x*, es nacido', la interpretación resultante sería errónea. Pues supongamos una serie de disposiciones, $d_1 ... d_n$, que se refieren a los nacidos, y tales que el efecto de la disposición d_1 es favorable para los concebidos, mientras que los efectos de las restantes disposiciones $d_2 ... d_n$ son desfavorables para los mismos. Conforme a la interpretación alternativa que acaba de ser sugerida, la disposición *FL* que estamos interpretando calificaría como nacidos a todos los concebidos siempre que exista una disposición *d*, referente a los nacidos, y cuyo efecto sea favorable para los concebidos. Por otra parte, en el supuesto imaginado, existe efectivamente una disposición jurídica d_1, referente a los nacidos, y cuyo efecto es favorable para los concebidos. Por consiguiente, conforme a esta interpretación de *FL*, un individuo *x* concebido sería, según *FL*, nacido. Y, si se sostiene que dicho individuo *x* es nacido, entonces habrá que sostener también que las disposiciones $d_2 ... d_n$ (referentes a los nacidos y cuyos efectos son desfavorables para los concebidos) se refieren también a *x* (en contra, por así decirlo, de lo que persigue con *FL*).

No pretendo que (1) sea la única manera correcta de entender *FL*. Pero sí creo, en primer lugar, que dicha interpretación es plausible; pues, entendida de esa manera, la disposición *FL* sirve a la finalidad atribuida tradicionalmente a las ficciones, a saber: la de conseguir la aplicación de una norma

3 En cambio, afirma que las ficciones del legislador o del juez son falsedades Lon L. FULLER: *Legal Fictions*, Stanord University Press, Stanford, California, 1967, p. 9.

ya existente a un caso nuevo [4], la de vincular una disposición a una realidad distinta de aquella a la que la disposición se refiere [5]. Y afirmo también, en segundo lugar, que, a la luz de la interpretación anterior, *FL* aparece como una ficción legal, conforme a la definición de ficción legal antes ofrecida, es decir, como una disposición cualificatoria que, en el caso de ser considerada como una auténtica aserción, sería una oración asertiva patentemente falsa.

La peculiaridad de *FL* (bajo esta interpretación) frente a otras ficciones legales consistiría entonces en que en *FL* se finge, vamos a decirlo así, que ciertas disposiciones legales tienen una propiedad (la propiedad de referirse a ciertos individuos), que en realidad no tienen.

B. *Remisiones*

B.A. *En un primer sentido,* una disposición legal *d* es una disposición de remisión o remisiva o, para abreviar, una remisión si y sólo si para determinar si el supuesto de hecho de *d* se refiere a un caso *c* es necesario consultar otra disposición *d'*.

Una disposición legal que sea una remisión en el sentido anterior puede ser tanto una disposición prescriptiva, como una disposición cualificatoria. Ejemplo de remisión (en el primer sentido) prescriptiva es el número 1.º del artículo 550 de nuestro Código Penal, a tenor del cual los que cometieran cualquiera de los delitos comprendidos en el artículo anterior, si el valor del daño causado no excediere de 250.000 pesetas, serán castigados con la pena de prisión menor. Ejemplo de remisión (en el primer sentido) cualificatoria es el número 2.º del artículo 73 de nuestro Código Civil, que establece que el matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48, es nulo.

Resulta así evidente que, entendidas en este primer sentido, las remisiones no tienen nada que ver con las ficciones legales, pues éstas son siempre, como hemos visto, disposiciones cualificatorias. Esta observación va dirigida contra la opinión difundida que aproxima las ficciones a las remisiones, sin más, esto es, sin distinguir diferentes tipos de remisiones legales [6].

B.B. *En un segundo sentido,* una remisión legal es una disposición, cuya consecuencia dice: 'regirá lo dispuesto en...', 'se observará lo dispuesto en... ', 'se estará a lo dispuesto en...', 'es aplicable lo dispuesto en...', 'se aplicará lo dispuesto en...', etc., ocupando el lugar de los puntos suspensivos el nombre

4 Son palabras de Ernst Rudolf BIERLING: *Juristische Prinzipienlehre. Erster Band* [1894], Scientia, Aalen, 1961, p. 102.

5 Cfr. Félix SOMLÓ: *op. cit.* (nota 2), p. 525, y Dieter MEURER: *op. cit.* (nota l), p. 284.

6 Esta opinión fue ya formulada, respecto a las ficciones en Derecho romano, por Demelius y por Ihering (Cfr. Dieter MEURER: *op. cit.* (nota l), p. 283. Véase también la misma tesis en: Rudolf STAMMLER: *Theorie der Rechtswissenschaft [1911], Buchhandlung des Waisenhauses, Halle a.d.S., 1923, p. 201; Félix SOMLÓ: op. cit.* (nota 2), p. 526; Karl LARNZ: *Metodología dela ciencia del derecho,* traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1980, pp. 255,257. También en los pasajes de H. Kindermann, D. Meurer y en los dos primeros de J. Rödig, citados en la nota 1, aparece la misma tesis.

o los nombres de una o más disposiciones legales (al igual que en el caso de las remisiones en el primer sentido, dejo al margen las disposiciones que se remiten a los usos o costumbres).

Parece que el sentido de estas disposiciones es que para ciertos supuestos s la consecuencia es la misma que se establece en otras disposiciones $d_1 ... dn$ para otros supuestos $s_1 ... sn$; o también: que (los supuestos de hecho de) las disposiciones $d_1 ... d_n$ (Que se refieren a los supuestos $s_1 ... s_n$, y no a los supuestos *s)* se refieren a los supuestos *s*.

Bajo esta interpretación, una remisión legal *RL* en el segundo sentido sería similar a la anterior disposición *FL*, relativa a los concebidos; pues también en ella, en *RL*, se finge que cierta(s) disposición(es) tiene(n) una propiedad (la propiedad de referirse a ciertos supuestos), que en realidad no tiene(n).

Y, si esta interpretación fuera generalizable a todas las remisiones en el segundo sentido, entonces sería verdad, no sólo que algunas ficciones son remisiones (como suele sostenerse), o, lo que es lo mismo, que algunas remisiones son ficciones, sino incluso que todas las remisiones (en el segundo sentido) son ficciones.

Para finalizar este apartado dedicado a las remisiones legales, señaláré que hay disposiciones legales que son remisiones en los dos sentidos expuestos. Este es el caso del artículo 391 de nuestro Código Civil, que establece que en los casos de los dos artículos anteriores, si el edificio o árbol se cayere, se estará a lo dispuesto en los artículos 1.907 y 1.908.

2. *Entidades jurídicas fingidas o ficticias*

Para los amantes de los parajes desérticos, como diría W.V. Quine, el universo jurídico es un universo superpoblado. El Derecho natural, los principios jurídicos, los principios generales del Derecho, el Derecho consuetudinario (integrado por las normas que «brotan» de, o se manifiestan en las costumbres, en regularidades de comportamiento social), el *common law* (integrado por las reglas que «surgen» de, o aplicadas por, las decisiones judiciales), los derechos subjetivos (humanos o no), las obligaciones o deberes, la voluntad o intención del legislador, los juicios de valor del legislador, la voluntad de la ley, la función de la norma, etc., pueblan dicho universo.

En mi opinión, sin embargo, nada de eso existe. De ahí que pueda decirse, desde mi punto de vista, que todas esas entidades son entidades jurídicas fingidas o ficticias.

Esta fue también la opinión de los realistas (americanos y escandinavos) y, anteriormente, de J. Bentham. Pero, mientras los realistas metían en el mismo saco todas las entidades jurídicas ficticias, Bentham tuvo la gran idea de distinguir dos tipos de tales entidades: unas, como el Derecho natural, la razón natural, la justicia natural, la equidad, etc., que deben ser absolutamente eliminadas del pensamiento jurídico, y otras, como derechos, obligaciones, competencias, etc., que deben ser eliminadas mediante paráfrasis [7] (no cabe, sin embargo, acusar a los realistas de ignorar las obras de

7 Jeremy BENTHAM: *A Comment on the Commentaries. A Criticism of William Blackstone's Commentaries on the Law of England,* Scientia, Aalen, 1976, Section II. Je-

Bentham; pues aunque éste murió un siglo antes del auge de los movimientos realistas, la más significativa obra de Bentham para esta cuestión, *The Limits of Jurisprudence Defined*, no fue publicada por primera vez hasta 1945).

He dicho que la distinción anterior fue una gran idea de Bentham. Pero, la verdad es que en ésta como en otras muchas cuestiones es difícil saber cuál era el pensamiento de este perspicaz e inquieto filósofo. Por esta razón, quizá fuera más correcto decir que la mencionada distinción, que puede vislumbrarse en las obras de Bentham, me sugiere las siguientes observaciones, que me parecen muy importantes.

En el lenguaje jurídico existen nombres que no designan nada, que carecen de referencia; las (supuestas) entidades (supuestamente) aludidas por dichos nombres no existen. Los juristas deben convencerse de ello y dejar de afirmar o presuponer que dichas entidades existen; deben dejar de utilizar esos nombres. De este modo, esas entidades desaparecerán, de forma natural, del universo jurídico.

Mas, junto a esos nombres, existen expresiones que sólo aparentemente son nombres, y crean la ilusión de que existen entidades denotadas por las mismas. Esas supuestas entidades también desaparecen de modo natural, tan pronto como realizamos una paráfrasis de los enunciados que contienen esos aparentes nombres y sustituimos dichos enunciados por otros enunciados sinónimos, en los que los supuestos nombres han sido eliminados.

Por ejemplo, sea la oración.

(1) Los mayores de 18 años tienen la obligación de votar.

La expresión «la obligación de votar» ocupa en (1) el lugar de un nombre o término: si sustituimos en (1) la mencionada expresión por un nombre, tal como 'vehículos de motor' o 'el mentón saliente', formaríamos oraciones significativas (al margen de su verdad o falsedad). Surge así, de forma espontánea, la creencia de que también 'la obligación de votar' es un nombre; y, posteriormente, la creencia de que hay algo que es la obligación de votar.

Sin embargo, esa supuesta entidad, la obligación de votar, va a desaparecer por sí sola, en cuanto realicemos una paráfrasis de (1) y sustituyamos (1) por un enunciado sinónimo, en el que el supuesto nombre, 'la obligación de votar', ha sido eliminado. En realidad (l), es ambiguo (al ser considerado fuera de contexto), y por ello es necesario hacer dos paráfrasis de (1).

1.ª paráfrasis: Obligatorio votar para los mayores de 18 años; o bien:

Los mayores de 18 años deben ser votantes.

El nombre supuesto, 'la obligación de votar', ha desaparecido en la 1.ª paráfrasis; en ella no hay más nombres o términos que 'los mayores de 18 años' y 'votar' o 'votantes'. 'Obligatorio' es lo que los lógicos llaman un «operador (normativo)» y no es un hombre (quizá valga como prueba de que 'Obligatorio' no es un nombre el hecho de que, mientras la 1.ª paráfra-

remy BENTHAM: *Of Laws in General*, edited by H.L.A. Hart, University of London, The Athlone Press, London, 1970, pp. 251-252, 294-295. Véase una interpretación similar del pensamiento de Bentham en James STEINTRAGER: *Bentham*, George Allen & Unwin, London, 1977, p. 27.

sis es una oración (directiva o prescriptiva), si en ella sustituimos 'Obligatorio' por un nombre, el resultado no sería una oración, sino una expresión mal formada). Y 'deben ser' tampoco es un nombre, sino una especie de cópula, similar a 'son'.

2.ª paráfrasis: Existe una disposición (jurídica) que establece o es sinónima de 'los mayores de 18 años tienen la obligación de votar'; o: Existe una disposición (judicial) que establece o es sinónima de 'obligatorio votar para los mayores de 18 años'; etc.

También en la 2.ª paráfrasis el nombre aparente, 'la obligación de votar', ha sido eliminado. En ella no hay más nombres o términos que 'disposición (jurídica)', el predicado (aquí diádico) 'es sinónimo de' y la cita o expresión comillada, o sea, el todo formado por las comillas simples y lo que hay comprendido entre ellas. El grafismo 'la obligación de votar', que aparece en la 2.ª paráfrasis, no es más que una parte de un nombre, una parte de la cita; es, como diría G. Kalinowski, algo parecido a una sílaba [8].

Se comprueba entonces que, una vez que realizamos las oportunas paráfrasis de (l), desaparece el aparente nombre 'la obligación de votar', y nada induce a creer en la existencia de una entidad que sea la obligación de votar. De este modo, la entidad jurídica ficticia desaparece por sí sola.

> Los realistas escandinavos sustuvieron acertadamente que no hay nada que sea la obligación de votar. Mas de esta tesis dedujeron erróneamente dos tesis falsas. La primera, que la expresión 'la obligación de votar' carece de sentido (el error aquí consiste, dicho en términos usuales, en confundir el sentido con la referencia). Y, aunque fuera cierto que la expresión 'la obligación de votar' carece de sentido, no se puede deducir de ello, como hicieron los realistas, que las expresiones, como (l), en que dicha expresión aparece también carecen de sentido (1) no sólo tiene sentido, sino incluso es ambigua, como hemos visto (esta segunda tesis de los realistas también es falsa, porque hay muchas expresiones que por sí solas carecen de sentido, por ejemplo, 'por', 'entonces', 'que', 'de', y por ello carecen también de sentido las expresiones en que aquellas expresiones aparecen [9]

Para finalizar añadiré que, respecto a algunas entidades jurídicas ficticias, *su status fictionis* es dudoso, o varía de autor en autor. Por ejemplo, supongamos la oración

> (2) En la disposición *d* la intención del legislador es disminuir el número de parados.

[8] Cfr. Georges KALINOWSKI: *Querelle de la science normative (Une contribution à la théorie de la science)*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1969, pp. 88-90, y notas 10 y ll.

[9] Véase observaciones similares en Alan R. WHITE: Rights, Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 2-5, y en mi trabajo «Derecho subjetivo: análisis lógico de un tema de doctrina general del derecho», en José Iturmendi Morales y Jesús-Lima Torrado (Comp.): *Estudios de filosofía del derecho y ciencia jurídica en Memoria y Homenaje al Catedrático don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980)*, Centro de estudios constitucionales, facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 485-520, pp. 510, 514-515 (en este artículo, escrito (en 1978) antes de conocer las obras de Bentham, puse en práctica su técnica de la paráfrasis, para eliminar los derechos subjetivos del universo jurídico, oponiéndome así a las opiniones defendidas a este respecto por los realistas escandinavos, quienes sostenían que las expresiones de derecho subjetivo carecen de sentido).

La entidad jurídica ficticia con que aquí nos topamos, la intención del legislador, pude ser eliminada mediante una paráfrasis como la siguiente:

(2.ª) Los que establecieron *d* tenían la creencia de que la creación de *d* tendría como resultado la disminución del número de parados y ellos deseaban ese resultado.

Para aquellos autores que entienden (2) en el sentido establecido en (2.ª) o en otra paráfrasis más o menos próxima a (2.ª), 'la intención del legislador' no es un nombre de nada; no es más que una manera cómoda de hablar. Para ellos, la entidad ficticia la intención del legislador desaparece tan pronto como se realiza la paráfrasis.

Pero algunos autores, como Ph. Heck, han escrito que, cuando hablan de la voluntad del legislador, no pretenden referirse a la voluntad psíquica, empírica, sino a la «voluntad normativa» (utilizo las palabras del propio Heck [10]. Estos autores rechazarían cualquier paráfrasis de (2) en términos parecidos a (2.ª). Para ellos, 'la voluntad (intención) del legislador' es realmente un nombre, un nombre de una entidad existente, no en el mundo empírico, sino en el mundo normativo, o sea (para estos autores), en el mundo de las ideas. En estos casos, la única manera de que la entidad jurídica ficticia desaparezca del universo del jurista es que él mismo se convenza de que dicha entidad no existe y deje de usar aquel nombre.

10 Philipp HECK: «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», en *Archiv für civilistische Praxis* 112 (1914), pp. 1-313, p. 8; cfr. también pp. 50, 70, 111. Véase también: Heinrich STOLL: «Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessen jurisprudenz» [1931], en Günter Ellscheid und Winfried Hassemer (Hrsg.): *Interessen jurisprudenz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1974, pp. 153-210, p. 165; Heinrich STOLL: «Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre», en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 76* (1926), pp. 134-206, pp. 164-165.