

# DERECHO, REALIDAD Y FICCIÓN. POSIBILIDADES Y LÍMITES

LAW, REALITY AND FICTION. POSSIBILITIES AND LIMITS

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba \*

**Resumen:** El artículo examina si el derecho es una ficción y cuáles son las posibilidades de hacer ficciones. Se trabaja desde la perspectiva de la metafísica de Aristóteles, Tomás de Aquino y Leonardo Polo. Luego de una breve introducción (I), se define qué es ficción, cuáles son sus grados y límites (II). Con estas nociones se indaga si el derecho es una ficción fuerte y si caben las ficciones jurídicas débiles (III). Afirmado lo anterior, se estudia cómo se producen las ficciones jurídicas (IV), a fin de determinar cuáles son sus posibilidades y límites (V).

**Abstract:** This paper analyzes whether the law is fiction and which possibilities could be of making legal fictions. We study it from the perspective of the Metaphysics of Aristotle, Thomas Aquinas and Leonardo Polo. After a brief introduction (Section I), we define what is fiction, what are their grades and limits (Section II). With these notions, we inquire whether the law is a strong fiction and whether weak legal fictions have any place in the law (Section III). Stated above, we study how legal fictions are generated (Section IV), in order to determine which possibilities and limits they have (Section V).

**Palabras clave:** Metafísica jurídica, producción del derecho, ficciones jurídicas, realismo jurídico, cultura y derecho.

**Key words:** Legal Metaphysics, Law-Making Process, Legal Fictions, Legal Realism, Culture and Law.

**Fecha de recepción:** 20-06-2014

**Fecha de aceptación:** 08-10-2014

## 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Es incuestionable que el ser humano puede producir derecho y que, por ello mismo el derecho es un producto cultural. De esta consideración surgen algunas preguntas que procuraremos resolver en esta investigación: ¿Hasta qué punto el derecho depende del ser humano? ¿Es pura y absoluta ficción? ¿No tiene acaso un pie en la realidad? Conviene resolver estas preguntas para entender mejor la naturaleza del derecho y determinar cuáles podrían ser sus eventuales límites.

Este trabajo analiza el tema desde la perspectiva de una auténtica metafísica aristotélico-tomista, materia filosófica que por su elevado nivel de abstracción ha sido escasamente estudiada en el mundo del derecho (tanto por positivistas, como por iusnaturalistas). Analizamos principalmente los aportes doctrinarios de Aristóteles, de Tomás de Aquino y de Leonardo Polo, quien

---

\* Catedrático de Derecho Constitucional y Teoría Fundamental del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Hemisferios (Quito, Ecuador). Este trabajo se enmarca en el Proyecto Metafísica Jurídica 2012-2014, de esta misma universidad. [jcriofrio@coronelyperez.com](mailto:jcriofrio@coronelyperez.com)

concebía al derecho como una “ficción fuerte”. Esta noción nos ha permitido hacer una gradación de ficciones (unas más fuertes, otras menos) que evita caer la clásica dicotomía de si el derecho es ficción o no lo es.

En el análisis de los citados autores trabajamos fundamentalmente con un método cualitativo y sintético. Luego, sin embargo, pasamos a un método más explorativo. Como algunas consideraciones hechas aquí suponen otros estudios<sup>1</sup>, a más de citar las respectivas investigaciones, para facilitar la lectura aportaremos los debidos conceptos en notas al pie.

## 2. FUNDAMENTACIÓN METAFÍSICA

### 2.1. Derecho, cultura y ficción

Parece indiscutible que existe una estrecha relación entre derecho y cultura. Cada pueblo tiene su derecho, cada generación su forma de entender lo justo. Desde luego que hay valores y principios compartidos por la generalidad de las naciones: la vida, el conocimiento, la libertad son valores jurídicos en todas las culturas. Pero sucede con frecuencia que la defensa, aplicación, desarrollo y delimitación de estos elementos jurídicos mutan de lugar en lugar.

Ciertos racionalistas han concebido al derecho como algo inmutable, de conclusiones lógicas aplicables a todo tiempo y lugar (v. gr. la escuela iusnaturalista de Wolff, Tomasio, Pufendorf, entre otros autores del siglo XVIII<sup>2</sup>). Contra esta concepción estática del derecho las corrientes relativistas del último siglo han considerado que el derecho es pura y mera cultura, carente de un fundamento sólido que perdure en el tiempo. Las posturas más extremas, dominadas por una antropología determinista que niega la libertad humana, concebirán al derecho como una mera masa de hábitos y costumbres sociales propias del colectivo humano (v. gr. algunos sociólogos del derecho<sup>3</sup>), o como un producto de las emociones (v. gr. Rorty)<sup>4</sup> o de los fenómenos psíquicos (v. gr. Hägerström<sup>5</sup>, Olivecrona<sup>6</sup> y Ross<sup>7</sup>). Desde este punto de vista, el iusnaturalismo clásico viene a ser una teoría ecléctica pues, por un lado afirma

---

<sup>1</sup> Cfr. Riofrío Martínez-Villalba, J.C., “Las causas metafísicas como fuentes del derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 15, 2012, pp. 259-308; Id., “Noción de derecho en la Metafísica Tomista”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, 2012, pp. 373-407; Id., “De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida”, *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, vol. 2, n. 2, 2013, pp. 436-461; Id., “Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino”, *Dikaion*, vol. 22, 1, 2013, pp. 55-81.

<sup>2</sup> Sobre estos autores, cfr. Sancho Izquierdo, M. y Hervada Xiberta, J., *Compendio de derecho natural*, t. II. Pamplona: Eunsa, 1981, pp. 332-343.

<sup>3</sup> Hasta la década de los setenta la sociología era bastante determinista, según analiza Fariñas Dulce, 1997, pp. 48-50.

<sup>4</sup> Cfr. Rorty, R., “Human Rights, Rationality and Sentimentality”, en Shute, S. y Hurley, S. (eds.), *On Human Rights: Rights*, Oxford: The Oxford Amnesty Lectures, 1994.

<sup>5</sup> Hägerström, A., *Filosofiskt lexikon*, 3ª ed. (ed. A. Ahlberg), Estocolmo: Natur och Kultur, 1951.

<sup>6</sup> Olivecrona, K., *Law as Fact*, London: Oxford University Press, 1939. Trad. de G. Cortés Funes, *El derecho como hecho*, Barcelona: Labor Universitaria, 1980; Id., “Is a Sociological Explanation of Law Possible?”, *Theoria*, 14, 1948, pp. 167-207.

<sup>7</sup> Ross, A., *On Law and Justice*, Berkeley-Los Angeles: University of California Press, 1959.

que existe un núcleo indisponible de derecho (el derecho natural *stricto sensu*) y que existe una naturaleza donde tienen cabida diversos hábitos y costumbres, y por otro lado acepta un desarrollo humano no predeterminado que cada individuo, sociedad o pueblo crea a su arbitrio (el derecho positivo)<sup>8</sup>. No corresponde ahora indagar cuál es la respuesta más adecuada. Únicamente traemos estas citas a colación a efectos de destacar cómo, en general, se acepta que el derecho es en todo o en parte producto humano, ya sea como fruto indefectible de la razón, ya porque este nace del capricho de la voluntad, ya por fuerza del hábito o la costumbre, o bien una mezcla de todo esto.

La cuestión cultural del derecho se encuentra estrechamente vinculada, prácticamente atada, a la consideración del derecho como un ente ficticio. El antónimo de lo ficto es lo real; la ficción se contrapone a la realidad extramental del ser humano. Por eso lo ficticio es eminentemente humano. Ni los animales, ni las plantas, ni el cosmos crean ficciones. Sólo el ser humano puede crear un mundo paralelo al real, con un orden propio y una consistencia peculiar. Desde este punto de vista el derecho sin duda es ficción, porque no obedece a las leyes de la física y del universo material.

Puesta las cosas en sus justos términos, podemos preguntarnos si los productos culturales son pura ficción (si todo es producto humano), o si acaso existe una base real; y, si esta existiera, qué tan importante es. En la ciencia jurídica ello nos permitirá responder si las leyes son pura ficción, o tienen un pie en la realidad.

En el mundo del derecho existen quienes piensan que todo es ficción, aunque no siempre lo llamen así. Si el derecho es fruto exclusivamente de la inteligencia o de la voluntad, todo sería un producto desligado del mundo real, pura ficción. Por el contrario, si únicamente fuera fruto de las emociones, de los efectos psicológicos o de las costumbres sociales de unos individuos que no son libres, el derecho sería pura realidad material, cósmica, animal, sin el más mínimo ápice de ficción.

Para analizar esto con mejor tino, conviene previamente profundizar en el concepto filosófico de ficción, a fin de luego poder aplicarlo al derecho.

## 2.2. Noción filosófica de la ficción

La noción de lo ficto depende de los postulados metafísicos de los que parta. Si partimos de ciertos idealismos, o de las corrientes filosóficas derivadas

---

<sup>8</sup> En la primera mitad del siglo XX adquirió notoriedad la concepción del derecho natural de R. Stammler, quien lo veía como «un ideal permanente de contenido variable» (*La génesis del Derecho*, trad. de W. Roces Suárez), Granada: Comares, 2006, p. 185), por cuanto se constataba la existencia de «preceptos legales que, bajo unas condiciones empíricas, contienen la teoría de una ley correcta» (*ibid.*, pp. 181-182). La idea entró al debate público y fue objeto de muchas precisiones. Georges Renard, por ejemplo, hablará de un «derecho natural con un contenido progresivo», mientras otros preferirán la fórmula de un «derecho natural de aplicación cambiante y progresiva» (Cfr. Leclercq, J., *Le fondement du droit et de la société*, 4ª ed., Namur: Wesmael-Charlier, 1957, pp. 45, 57; la traducción es mía).

de Descartes<sup>9</sup> que dividía tajantemente la *res cogitans* y la *res extensa*, o de las posturas enraizadas en Kant<sup>10</sup> que consideran la “cosa en sí” (*noúmeno*) como algo totalmente distinto de la “cosa en mí” (el *fenómeno*), o del movimiento neokantiano que escinde totalmente el “ser” del “deber ser”, entonces lo ficto será *algo absolutamente distinto a la realidad*, contrario a ella hasta el punto de ser irreconciliable. Entre realidad y ficción no hay punto de encuentro.

Pero sucede que esta no es la única manera de entender lo ficto, sino que también puede ser concebido bajo los términos de una metafísica más tradicional como una *continuación intencional*<sup>11</sup> de la realidad. El intelecto no crea especies inteligibles de la nada: la razón humana necesita partir del conocimiento sensible de la realidad. Incluso la idea más fantasiosa y alucinante necesita de este paso previo. Por ejemplo, la mítica imagen del minotauro sólo se produce en la mente después de haber captado los conceptos de animal, de toro, de hombre, de mezcla, de todo y parte, los mismos que son extraídos de la percepción de lo real. Lo ficto trabaja con especies educidas de la realidad extramental.

Para la metafísica realista lo ficto puede tener mayor o menor cercanía con la realidad, y por eso admite grados<sup>12</sup>. No todas las ficciones son iguales. Hay ficciones fuertes que nos convencen de que las cosas son así, porque en ellas la inteligencia descubre un trasfondo fuerte de verdad; y hay ficciones baratas que son puro sueño y nada tienen que ver con la realidad.

Todo ente intencional pertenece al mundo de la ficción, porque no se encuentra sometido a las leyes físicas del universo; su existencia depende más bien de los vaivenes del espíritu humano. Lo intencional puede relacionarse con la realidad extramental de diferentes modos. En primer lugar puede *relacionarse temporalmente* con lo que existió, con lo que hoy existe (el ser actual) o con lo que podría existir en el futuro (el ser potencial). Además, lo intencional puede darse como efecto de la realidad o como su causa: el ente intencional puede ser *efecto* de una cosa exterior, como cuando la mente concibe al perro que ve, o a la canción que escucha, o también puede ser *causa* de la realidad exterior, como cuando la voluntad decide mover la mano para pintar un óleo. Por último, *la relación admite grados*, en cuanto la relación causal o efectista entre lo ficto y lo real puede ser más o menos directa. La imagen del minotauro es meramente ficticia, pero tiene un pie lejano en la realidad; más realista es una novela

---

<sup>9</sup> Descartes, R., *Meditaciones de prima philosophia*, 1641. Trad. de J.A. Mígués, *Meditaciones Metafísicas*, Santiago de Chile: Arcis, 2004.

<sup>10</sup> Kant, I., *Kritik der reinen Vernunft*, 1781. Trad. de P. Ribas, *Crítica de la razón pura, Analítica trascendental*, Madrid: Alfabeta, 2005.

<sup>11</sup> En la filosofía clásica, en la fenomenología, en la filosofía del lenguaje y de la mente, así como en la psicología, lo *intencional* (que viene del latín *in-tendere*, “tender hacia”) es aquello que en la inteligencia o en la voluntad (o en la psiquis para la psicología) hace referencia o se dirige a un objeto determinado (externo o interno). Son entes intencionales: las ideas, las decisiones de la voluntad, los pensamientos.

<sup>12</sup> La idea de los grados de la ficción la he tomado de Polo, quien admite ficciones fuertes y ficciones baratas (cfr. Polo Barrena, L., *Quién es el hombre*, Madrid: Rialp, 1991, pp. 123-124). Pero el desarrollo de esta idea que aquí se expone es mío.

histórica. Una orden de autoridad causa más directamente la realidad, que la novela "Werther" de Gothe, que llevó a muchos a la depresión y al suicidio.

Según su cercanía con la realidad, las ficciones más fuertes (más cercanas a la realidad) son, en su orden: (i) los conocimientos verdaderos, causados directamente por la verdad de las cosas; (ii) las palabras que designan<sup>13</sup> entes con existencia actual como las frases "mi padre" o "ese gato"; (iii) las palabras que designan entes potenciales; (iv) las construcciones mentales que no designan directamente algo extramental, pero que han sido elaboradas para causar un efecto exterior que se ha verificado, como el pacto que se ha cumplido; (v) las construcciones mentales creadas para causar un efecto real que aún no se ha verificado, como la ley recién sancionada que aún nadie cumple; y, (vi) las construcciones mentales que no son causadas directamente por la realidad extramental, ni están destinadas a causarla, como las novelas y los cuentos. Estas últimas creaciones artísticas también pueden gradarse entre dos extremos: entre el extremo de la literatura que refleja metafóricamente las verdades más profundas y el extremo de la literatura banal o superficial.

Repárese que las ficciones más débiles (las más alejadas de la realidad) dependen gnoseológicamente de las ficciones más fuertes (las más cercanas a la realidad). Esto se da por la forma en que actúa el conocimiento humano, que parte de lo más evidente, pasa por los juicios, por los silogismos y razonamientos, hasta crear los sistemas de pensamiento. Por lo mismo, las ficciones más alejadas de la realidad no pueden reclamar para sí el estatuto gnoseológico de lo evidente. De hecho, cuando unas y otras se contraponen, las ficciones fuertes se tienen por verdaderas y subsisten, mientras las ficciones débiles se tienen por falsas y están llamadas a caer.

### 3. LAS FICCIONES EN EL DERECHO

En el derecho suele hablarse de la ficción en dos sentidos: (i) para decir que la naturaleza misma del derecho es pura ficción; y, (ii) para referirse a aquellas invenciones, presunciones, etc. que aunque no se verifiquen en la realidad se las toma por verdaderas, a fin de producir un determinado efecto jurídico. Analizaremos ambos sentidos en su orden.

#### 3.1. El derecho como ficción

Varios autores han concebido *el derecho como ficción*, aunque no se sepa exactamente qué signifique esta palabra. Bajo una metafísica muy básica es fácil percatarse que en el mundo hay seres extramentales e intramentales. Si no se poseen más nociones metafísicas, fácilmente se deducirá que si el derecho no es

---

<sup>13</sup> Según la semiótica, las palabras del lenguaje cumple tres funciones: son signo de algo, significan algo y designar algo. Pueden ser leídas o escuchadas las palabras en cuanto son signo que se percibe a través de los sentidos humanos. Además cada palabra tiene uno o varios significados que la inteligencia puede captar en abstracto. Pero no detrás de todo concepto de "pera" hay una pera. Si la palabra refiere a una determinada pera que en verdad existe, entonces cumple la tercera función de *designar* un ente real.

cosa extramental<sup>14</sup>, necesariamente debe ser “ficción”. Los juristas formados bajo la dicotómica doctrina neokantiana que divide a raja tabla los entes en “ser” y “deber ser”, donde uno y otro mundo son comunicables, aceptan sin más que si el derecho no es “ser”, ha de encontrarse en el mundo del “deber ser”.

Las formas de explicar cómo el derecho pertenece al mundo del “deber ser” son muy variadas. Un caso emblemático es el de Kelsen, que a lo largo de su vida dio tumbos en la conceptualización de la norma fundamental (*Grundnorm*). Inicialmente la concibió como una norma presupuesta (*voransgesetz*), aunque esta noción no le satisfizo del todo. Luego, intentó atar lo racional con la voluntad, cuando escribió que no había ninguna norma sin un acto de querer, «aunque sea sólo ficticio»<sup>15</sup>. Al final de su vida<sup>16</sup> la reconceptualizó, entendiéndola entonces como una norma meramente pensada o ficticia. Para el efecto, Kelsen se remitió expresamente a la filosofía ficcionalista del “como si” de Vaihinger<sup>17</sup>, quien como buen «alumno de Kant» —así será conocido— consideraba que nuestra inteligencia nunca podía alcanzar la realidad: lo único que hacemos es construir sistemas de pensamiento y asumimos que deben encajar con la realidad. De esta manera nos comportamos “como si” el mundo encajara en nuestros modelos racionales. Las bases filosóficas de Vaihinger son incapaces de conectar el “deber ser” con el “ser”, mundos que desde Kant han quedado comunicados. Intenta dar un paso adelante con la vinculación hipotética del actuar “como si” estuvieran conectados uno y otro mundo, aunque nada justifique esa suposición. Tal propuesta no es muy científica que digamos. En conclusión, Vaihinger, Kelsen y sus seguidores consideran al derecho y a la *Grundnorm* como una ficción muy trivial, muy débil, casi como una novela rosa, desconectada absolutamente del mundo real, incapaz por tanto de producir efectos jurídicos en la realidad extramental. Su teoría sólo habla del “deber ser”, no del “ser”.

Como se sabe, por siglos se ha vinculado al derecho con “lo igual”. En este sentido pueden hallarse rastros en Pitágoras, Aristóteles<sup>18</sup>, Homero y hasta en la mitología griega donde se personifica la función igualitaria del derecho (*dikáion*) en la diosa Dike<sup>19</sup>. Aristóteles y sus contemporáneos entendieron al

---

<sup>14</sup> Hervada lo explica en términos metafísicos, cuando dice que: «la cosa en sí no es derecho; en su sustancia no es derecho: es un reloj, un piso, un anillo... No hay ninguna cosa a la que, por nombre de sustancia, le corresponda el nombre de derecho» (Hervada Xiberta, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona: Eunsa, 2000, p. 230).

<sup>15</sup> Kelsen, H., “Zum Begriff der Norm”, en *Festschrift für Nipperdey*, Munich: C.H. Beck, 1965, p. 207.

<sup>16</sup> Cfr. Kelsen, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979. Trad. de D. Jacobs, *Teoría general de las normas*, México D. F.: Trillas, 1994, obra póstuma del autor.

<sup>17</sup> Cfr. Vaihinger, H., *Die Philosophie des Als-Ob*, Berlín: Reuther-Reichard, 1911. Tal ficcionalismo supone que todo conocimiento humano consta de ficciones; aunque muchas de estas ficciones se recomiendan como fomentadoras de la vida.

<sup>18</sup> Una cita muy famosa de Aristóteles es: «lo justo, la justicia, es lo igual y la injusticia lo desigual» (Aristóteles, *Ética nicomaquea*, (trad. de Pallí Bonet, J.), Madrid: Gredos, 1985, 5, 67).

<sup>19</sup> Cfr. Urdánoz, T., “Introducción a las cuestiones 57 y 58”, en AA.VV., *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*, II-II. Madrid: BAC, 1956, p. 243.

derecho como *dikáion*, como “lo justo”, “lo igual”. Esta primera noción histórica dista mucho de lo que hoy se entiende por derecho subjetivo (facultad) o por derecho objetivo (normas). En Roma el *ius* seguirá siendo *lo justo* y tal uso llegará hasta Tomás de Aquino, quien expresamente afirmará que esa es la primera noción de *ius*<sup>20</sup>. Ambos filósofos entendieron que *lo justo* implica una cierta igualdad entre lo dado y lo debido: el derecho no exige pagar más, no exige pagar menos, sino sólo lo justo<sup>21</sup>. Pero tal relación de igualdad no puede darse sin unos extremos reales (externos y repartibles) y sin una inteligencia que mida la igualdad de tales extremos. Por tanto, para ambos el derecho tiene dos componentes: uno real (las cosas externas que se miden) y otro ficto-intencional (que aquilata la igualdad existente entre aquellas cosas). Como se ve, el segundo elemento no es una ficción débil desconectada de la realidad, sino de una ficción bastante fuerte estrechamente conectada con la realidad de las cosas que mide y que valora como iguales.

Desarrollando estas ideas nosotros también hemos explicado al derecho como una ficción fuerte (donde ficción es igual a ente intencional), donde la causa formal es la relación de igualdad y la causa material el hábito intelectual<sup>22</sup>. Al respecto hemos dicho que formalmente el derecho-relación (la *res iusta* del Aquinate) es una “relación real de igualdad relativa” entre dos cosas medidas por la inteligencia; por eso, la primera base material del derecho es la razón humana que es la que descubre por vez primera esa igualdad. Luego el *ius* podrá salir de la mente y plasmarse en una escritura pública, en el boletín o registro oficial donde aparecen las leyes, en los libros de derecho, y en otros entes materiales donde se puede asentar la forma jurídica. Pero como el analogado principal sigue siendo el *ius* hallado por la razón, el derecho es principalmente algo ficticio: la idea, el hábito intelectual.

Dicho lo dicho, ahora reafirmamos que el derecho no es una realidad puramente conceptual, porque su existencia depende radicalmente de la realidad extramental. Por un lado, para que exista el derecho resulta necesaria la existencia de una cosa externa, distribuible y repartida que el intelecto pueda medir, con lo cual el conocimiento de lo justo es causado directamente por la realidad extramental. Por otro lado, el mismo derecho está llamado a causar una realidad extramental, en la medida en que especifica qué efectos jurídicos potenciales han de producirse en el futuro, y también en cuanto explica por qué son justos los efectos jurídicos pasados o actuales. Con lo cual, la *res iusta*

---

<sup>20</sup> El Aquinate recogerá la tradición al puntualizar que la palabra *ius* «se asignó primero para significar la misma cosa justa» (*Suma Teológica*, II-II, q. 57, a. 1, ad 1; en esta investigación usamos la traducción de la BAC, Madrid: 1956).

<sup>21</sup> «El derecho o lo justo natural es lo que por su naturaleza es adecuado o de medida igual a otro» (*Suma Teológica*, II-II, q. 57, a. 3, sol.).

<sup>22</sup> Cfr. Riofrío Martínez-Villalba, J.C., “Las causas metafísicas como fuentes del derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 15, 2012, pp. 273-275. Según la teoría aristotélica, todas las cosas tienen una forma y una materia. La forma determina lo que es la cosa, mientras la materia es aquello donde se asienta la forma. Una misma forma puede estar presente en diferentes materias: el rostro del César en el Emperador y en la moneda, la forma de la manzana en varios frutos, etc.

cumple con los parámetros de las ficciones más fuertes: su existencia es efecto directo de la realidad, y la causa directamente.

También es ficción el derecho entendido como ley. Según una clásica definición, ley es el *precepto racional* dictado por quien tiene a cargo la comunidad para realizar el bien común. Siendo racional, es intencional; siendo intencional, es ficta. Pero se trata de una ficción un poco menos fuerte que el derecho *res iusta*, porque en las leyes se pueden encontrar cosas de muy variado género: preámbulos, valores y fines jurídicos, principios del derecho, preceptos generales sin cosas designadas específicamente, ficciones débiles, alusiones a realidades que sólo se dan de manera potencial, etc. Además, la ley sólo causa la realidad de manera parcial y *en potencia*: ella fija lo que las cosas deben ser, pero no hace que las cosas sean. Cuando por alguna causa exterior (ajena a la ley) el precepto llega a cumplirse, solo entonces la ley causa de realidad<sup>23</sup>.

### 3.2. El derecho como ficción en Leonardo Polo

Aunque Leonardo Polo no se extendió en muchas consideraciones acerca de la naturaleza del derecho, su contribución es de primera categoría. Conviene detenernos brevemente en sus reflexiones sobre el tema.

Polo analizó principalmente el derecho producido por la voluntad humana, aquel conjunto de normas que suele denominarse “derecho objetivo”. Lo consideraba como una obra cultural, por lo que debían relucir en el derecho las mismas características de la cultura. Leamos la parte pertinente de su obra *Quién es el hombre*, para luego extraer las respectivas consecuencias:

«El derecho objetivo es una obra cultural en la que la continuación de la naturaleza se ve de una manera muy clara. El que se apropia de un terreno puede construir un muro para evitar que sea invadido; o guardarla en una caja fuerte, si se trata de una cosa mueble. Sin embargo, si coloca un cartel de “prohibido el paso”, y el derecho le faculta para eso —la noción de facultad jurídica es central—, puede ahorrarse el muro: la función del muro es sustituida por el cartel: eso es una continuación de la naturaleza fingida (aquí la palabra ficción tiene un sentido técnico). Evidentemente un cartel de “prohibido el paso” no impide el paso como un poder físico; por tanto, es una continuación constructa de ese poder. El carácter coactivo, el que siga una sanción a la conculcación del derecho, es una prueba de que no se trata de una ficción en sentido trivial. El derecho cuenta con un acompañante coactivo; incluso algunos han dicho que la esencia del derecho es la coacción. No es así, pero la coacción es una muestra del poder que el derecho confiere. Es evidente que la facultad jurídica amplía la capacidad natural.

En efecto, facultar a alguien para esgrimir un derecho es aumentar la capacidad humana. La debilidad natural está asistida por el derecho; un niño, por ejemplo, puede ofrecer poca resistencia a quien le quiera matar, pero el que le mata va a la cárcel. Lo que el derecho tiene de protector —lo que suele llamarse seguridad jurídica— es una de las funciones que cumple en la sociedad humana. En el fondo, el hombre es fortalecido por la norma. Por eso, la tecnología ha de ir acompañada por la ficción jurídica, normada por ésta»<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Entonces la ley llega a ser causa ejemplar de la realidad, según consta en la obra antes citada.

<sup>24</sup> Polo Barrena, L., *Quién es el hombre*, Madrid: Rialp, 1991, pp. 123-124.



Importantes ideas se condensan en este par de párrafos. Entre ellas tenemos:

(i) *El derecho es una continuación de la naturaleza.* Esta es la idea central, conductora del resto de argumentos. El derecho no es una creación *ex nihilo*, puesto que presupone la existencia de la realidad. Sin el conocimiento de la realidad extramental y de sus límites, el derecho no se produce ni opera. De nada sirve clavar carteles de “prohibido el paso” en lugares que el hombre no puede atravesar.

(ii) *El derecho es una ficción no trivial.* Se destaca que el derecho es algo más que la naturaleza, no está circunscrito a ella: es una continuación de ella realizada a través de las potencias superiores del ser humano (la inteligencia y la voluntad). El hombre crea el derecho, está facultado para esta producción de normas. No es una ficción trivial, porque es palpable la eventual coactividad de la norma. Se trata de una “ficción” en sentido técnico-filosófico: es una continuación fingida de la naturaleza. Su naturaleza es la de un “ente intencional”, porque sólo puede fingir quien entiende la realidad y quiere fingirla. Lo dicho compagina plenamente con el análisis hecho *ut supra* sobre la intencionalidad del ser jurídico.

(iii) *El derecho humano se construye “ad modum naturae”.* La verdad es que no somos muy originales. Toda la ciencia, el arte y la técnica jurídica se construyen imitando de algún modo la naturaleza, la realidad conocida. Las cosas demasiado raras nadie las entiende y, por tanto, no pueden ser derecho en ningún sentido. La noción de persona jurídica llegó muy tarde al derecho: apareció bien formulada a través de la canonística de finales del Medioevo, cuando la teología ya había profundizado lo suficiente en el concepto de “persona”, y se podía entonces crear mentalmente una imagen ficta de ella. Siguiendo el ejemplo poliano, la noción de “prohibido” tan intrínseca a la ley, sólo se entiende si la persona se da cuenta de que físicamente hay cosas que “no puede hacer”. Esta aguda observación nos servirá luego para delinear cuáles son los límites de la capacidad humana de crear derecho.

(iv) *El derecho amplía la capacidad humana.* “El hombre es fortalecido por la norma”, pues ella le hace capaz de imponer su voluntad sobre regiones mucho más extensas que los que físicamente pudiera controlar. Puesto el letrado de “prohibido el paso”, no hace falta que el guardia vele día y noche parado en ese sitio para impedirlo. Muchos felinos y animales salvajes marcan los territorios donde cada uno habita, pero ninguno “gobierna” sobre espacios tan extensos como los de un importante reino o un Estado, porque simplemente no tiene la capacidad para ello; en cambio, la norma capacita al hombre a esto que excede de sus posibilidades físicas.

Polo añade que «la tecnología ha de ir acompañada por la ficción jurídica, normada por ésta». La tecnología en el ejemplo era el letrado y la ficción jurídica era el mandato de “prohibido el paso”. Ambos elementos son

necesarios para que nazca el derecho-ley. No habría ficción (ente intencional), ni derecho-ley, si nadie pudiera leer las palabras escritas.

### 3.3. Las ficciones del derecho

Lo más común es que los juristas hablen de las *ficciones del derecho* (“*legal fictions*”) para referirse a aquellas construcciones mentales creadas intencionalmente para programar un efecto jurídico determinado, sin importar que tales construcciones sean falsas o puedan serlo. Ejemplos son las suposiciones de que existen personas morales con obligaciones y derechos semejantes a los de una persona natural<sup>25</sup>; la presunción imbatible de que los hijos nacidos dentro del matrimonio pertenecen a ambos cónyuges mientras nadie lo impugne, lo cual no siempre es verdad; el tratamiento del niño adoptado como si fuera hijo verídico; la ficción de que ciertos ciudadanos residen en el país para efectos de jurisdicción, votación, etc. aunque en realidad hayan vivido toda su vida fuera; la concesión de la nacionalidad por el *ius soli* a quien nació fuera del país durante una misión consular; la presunción legal de la conmorienencia de la gente que ha sufrido un mismo accidente, o de la fecha de muerte del desaparecido. En todos estos casos se actúa como si lo pensado fuera cierto, aunque no lo sea.

Este tipo de ficciones, que ya existían en el derecho romano, que se han usado en todos los sistemas jurídicos, particularmente en los del *Common Law*, y que aún hoy permanecen en los ordenamientos jurídicos, siempre han tenido sus detractores y sus partidarios. Bentham fue uno de sus más enconados enemigos. El padre del utilitarismo preguntaba a sus interlocutores si «lo hecho con una ficción, ¿podría o no podría hacerse sin ella? Si no fuera posible, la ficción sería una mentira perversa; si hubiera podido hacerse, entonces es una necesidad»<sup>26</sup>. Algunos otros autores y cierta jurisprudencia actual son reticentes a la hora de usar estas ficciones legales<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Sin duda es discutida la naturaleza de las personas jurídicas, que no todos consideran “ficticia”. Teorías como la institucionalista o sociológica defienden varios elementos reales. Sea como fuere, a nadie escapa que ellas no existirían sin una intención humana (un acto de la inteligencia que capta lo que son y otro acto de la voluntad que quiere que existan), por lo que ha de aceptarse al menos un componente intencional de estos entes.

<sup>26</sup> J. Bentham además decía que «el aliento pestilente de la ficción envenena el sentido de todo lo que se le acerca» (*The Works of Jeremy Bentham*, (ed. J. Bowring), Edimburgo: William Tait., 1843 (reimpreso en Nueva York en 1962), vol. 1, p. 235) y que «en el Derecho inglés, la ficción es una sífilis, que se esparce en cada vena, llevando a todo el sistema un principio de corrupción» (*ibid.*, vol. 5, p. 92). Ambas traducciones son mías.

<sup>27</sup> En este sentido, cfr. Smith, P.J., “New Legal Fictions”, *Georgetown Law Journal*, 95, 2007, p. 1435. Hägerström también es reticente a aceptar las ficciones y todo tipo de construcciones abstractas en el derecho, por su alejamiento de la realidad, en Hägerström, A., “The Concept Declaration of Intent in the Sphere of Private Law”, en *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, (ed. K. Olivecrona). Estocolmo: Almqvist & Wiksell, 1953. Cfr. también Sandström, M., “Law – Fact, Fiction or In Between? Axel Hägerström’s Quest for Legal Realism”, *Scandinavian Studies in Law*, 48, 2005, pp. 329-339. Kelsen es un autor curioso, pues en su Teoría Pura del Derecho de 1960 asigna un rol a las ficciones jurídicas en su aspecto negativo de imagería o futilidad, contrario a lo que señaló en su discurso de 1962, recogido por Olivecrona, (Olivecrona, K., *Law*

En el bando opuesto aparecen todos los legisladores del mundo antiguo, medieval, moderno y contemporáneo que crearon tales ficciones, así como varios autores de categoría. Blackstone consideraba que eran muy beneficiosas y serviciales<sup>28</sup>. Ihering las llamaba «mentiras blancas» en un sentido positivo<sup>29</sup>, mientras Maine entendía que ellas sólo tenían un rol histórico<sup>30</sup>. Un autor que profundizó bastante en la materia fue Lon L. Fuller, quien entendía que las ficciones continuaban jugando un papel legítimo en el pensamiento jurídico. Para este profesor de Harvard las ficciones no eran mentiras porque no tienen intención de engañar, ni de hecho engañan a nadie<sup>31</sup>; no eran conclusiones erróneas, aunque tampoco verdades<sup>32</sup>; se trataba de simples fenómenos lingüísticos.

Desde nuestro punto de vista, y tratando de recoger los aciertos encontrados por los citados autores, consideramos que estas ficciones jurídicas no son tan fuertes como el conocimiento directo de la realidad, ni tan débiles como las novelas rosa. Son *construcciones mentales simples creadas como instrumento para causar de manera sencilla un efecto jurídico en la realidad*, que no están destinadas a engañar, ni son errores de la razón, y que se plasman en fenómenos lingüísticos (aunque primero tienen un ser intencional<sup>33</sup>). Pueden servir para adecuar la ley a las nuevas circunstancias, como dice Maine, o para darle una salida más equitativa a los casos complejos, según observa Schauer<sup>34</sup>. En definitiva, coincidimos con ellos, con Blackstone y con otros autores en el rol instrumental que tienen las ficciones: ellas nos ahorran dolores de cabeza, volviendo más sencillo el razonamiento jurídico. Cuando se formulan ya no hay

---

*as Fact*, London: Oxford University Press, 1939. Trad. de G. Cortés Funes, *El derecho como hecho*, Barcelona: Labor Universitaria, 1980, p. 112).

<sup>28</sup> Para Blackstone «these fictions of law, although at first they may startle the student, he will find upon farther consideration to be highly beneficial and useful» (Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, (ed. W. Morrison), Londres: Routledge-Cavendish, 2001 (original de 1768), vol. 3, p. 43).

<sup>29</sup> Cfr. Ihering, R.v., *Law as a Means to an End*. (trad. de I. Husic), Boston: Book Co., 1914; Id., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung*, Leipzig: Breitkopf, 1923, t. III, p. 305.

<sup>30</sup> H. S. Maine (†1888) reacciona contra la visión negativa de Bentham. Para Maine las leyes son el mejor método de lograr los cambios en la ley, aunque su texto siga igual. Cfr. Maine, H.S., *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its relation to Modern Ideals*, Londres: Oxford University Press, 1878 (ed. 1931).

<sup>31</sup> Fuller, L.L., "Legal fictions", *Illinois Law Review*, XXV, 4, 1930, pp. 363-399, pp. 367-368.

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 368-371.

<sup>33</sup> Al respecto Tomás de Aquino es claro en señalar que el pensamiento antecede y es causa de las palabras. «Las concepciones del intelecto anteceden en el orden de la naturaleza a las voces, que se emiten en orden a expresar aquéllas; por ello, por similitud de la diferencia que se da respecto del intelecto, atribuye [Aristóteles] una diferencia que se da respecto de las significaciones de las voces, tal que esta aclaración no sólo sea por similitud, sino también por la causa a la cual los efectos imitan» (*In Aristotelis libros peri hermeneias expositio*, 1268, en R. Spiazzi, (ed.), Turín-Roma: Marietti, 1955). Varios analíticos contemporáneos pasarán por alto esta sencilla verdad. Cfr. Massini Correas, C.I., *Filosofía del Derecho*, t. III, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, pp. 111-117.

<sup>34</sup> Schauer, F., *Legal Fictions Revisited*. University of Virginia School of Law: SSRN (*pro manuscrito*), 2011.

que explicar una y otra vez por qué ante un estado de incertidumbre (v. gr. cuando no se sabe el tiempo en que murieron las personas) es bueno presumir algo (el día de la muerte), o por qué simplifica el tráfico jurídico la creación de personas morales que funjan de centro de imputaciones de derecho y obligaciones, o por qué se debe tratar al niño producto del adulterio como si fuera de origen legítimo cuando hubiere nacido dentro del matrimonio... Pero, también compartimos con Bentham que si tales ficciones no prestan servicio alguno, se quedan en perversas o necias mentiras; y si la realidad de lo justo contradijera la conclusión ficticia, entonces tal ficción sería injusta y no causaría el derecho. Por ello es loable aquella jurisprudencia que ha limitado la eficacia de las ficciones en el derecho que generan efectos injustos. Al final de este trabajo hablaremos de esta jurisprudencia.

#### 4. LA PRODUCCIÓN DE LAS FICCIONES JURÍDICAS

En toda producción cabe distinguir cuatro cosas: el productor, el proceso de producción, el acto de producir y el objeto producido. En este apartado estudiaremos al productor que está capacitado y facultado para producir ficciones, la manera en que las produce y los actos que debe ejecutar. En el siguiente apartado analizaremos la ficción producida.

##### 4.1. Presupuestos naturales de la ficción

Definido al derecho como una ficción fuerte, y definidas las ficciones jurídicas como ficciones débiles, conviene ahora revisar cómo ambas ficciones podrían llegar a producirse. Una primera pista la da la misma naturaleza de la ficción: si ella es un ente intencional, la producción requerirá del concurso de la inteligencia y la voluntad. Siguiendo con el razonamiento poliano, tenemos además que si el derecho es una continuación de la naturaleza humana, primero debe existir esa aptitud humana de base, sobre la cual se construirá el derecho. Hervada se refería a esta necesidad de naturaleza en los siguientes términos:

«Ningún hecho cultural puede existir ni inventarse sino sobre la base de un dato natural. Los distintos idiomas, por ejemplo, son hechos culturales, pero se asientan en la facultad de hablar; sin ella ningún idioma existiría. La razón de esto reside en lo que antes hemos indicado: la imposibilidad de tener o hacer cosa alguna que no corresponda a una potencia del ser. La cultura se apoya en la naturaleza. Sería imposible que la ley positiva otorgase un derecho, si la juridicidad —el derecho en sí— no fuese un dato natural. Nada jurídico podría el legislador dar, si ese acto de dar no se asentase en un núcleo de juridicidad dado por la naturaleza: faltaría el supuesto ontológico. El legislador da leyes, porque el hombre está naturalmente hecho para recibirlas; da derechos, porque el hombre es naturalmente capaz de ser titular de ellos. Esa capacidad es absolutamente improducible por el hombre, pues ello significaría crear en su sentido propio: sacar algo de la nada, lo cual excede de todo punto del poder del hombre»<sup>35</sup>.

La “aptitud de producir derecho” de la que hablamos puede ser considerada en abstracto o en concreto. La consideramos en abstracto, por ejemplo, al considerar que toda persona mayor de edad es capaz de celebrar un

---

<sup>35</sup> Hervada Xiberta, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 2001, p. 86.

contrato de compraventa de bien inmueble. En cambio, la consideramos en concreto al entender que en la práctica sólo quien tiene o puede tener en propiedad un bien inmueble está facultado a venderlo. El grado máximo de concreción se dará cuando tal acto jurídico se produzca en la realidad (v. gr. al suscribirse la compraventa).

Por tanto, la producción de las ficciones jurídicas requiere, al menos, lo siguiente: (i) la existencia personas con inteligencia y voluntad; (ii) la aptitud o capacidad abstracta de esa persona para producir derecho; (iii) la facultad efectiva y concreta para producir el derecho; y, (iv) el ejercicio de esa facultad.

El lenguaje ordinario no distingue bien la “capacidad” de la “facultad”. Entiende que la facultad es tanto la «aptitud, potencia física o moral», como el «poder» o «derecho para hacer algo»<sup>36</sup>. En cambio, la ciencia jurídica ha conferido un significado más preciso a ambos términos. Para el derecho la capacidad se identifica más con la aptitud personal y la facultad con el poder efectivo que alguien puede tener en unas circunstancias determinadas.

Ya hablando en términos metafísicos, hay que afirmar la necesidad de una *capacidad ontológica que sea la base humana de la producción del derecho (la capacidad jurígena)*. Esta capacidad es absoluta, potencial y estática. Es absoluta, por cuanto existe con independencia de las circunstancias y de los demás: toda persona natural, por serlo, tiene esta capacidad productora del derecho. Es potencial, porque la producción del derecho sólo se actualizará cuando la persona se autodetermine dentro de un ordenamiento jurídico concreto, en un espacio y tiempo determinados, ante unos individuos específicos<sup>37</sup>. Es estática, pues depende de la naturaleza humana y no del devenir cósmico.

Además es necesario que exista una *facultad humana de producir derecho (la facultad jurígena)*, caracterizada por ser relativa, activa y dinámica. Relativa, porque está circunscrita a un espacio, tiempo, entorno y personas determinado. Activa, porque implica un poder efectivo frente a otros. Dinámica, porque depende del cambiante entorno y porque las facultades específicas pueden crecer notablemente, así como decrecer.

A continuación analizamos con más detalle la capacidad y la facultad jurígenas.

---

<sup>36</sup> Corresponden a las acepciones primera y segunda de la voz “facultad” que constan en Real Academia Española, *Diccionario*, Madrid: Espasa, 2001. El Diccionario de la lengua española, Espasa-Calpe, 2005 es más explícito en las dos primeras definiciones del término: «1. Capacidad o aptitud física o moral que posee alguien: “tiene una gran facultad de concentración”. 2. Poder, derecho para hacer alguna cosa: “no tienes facultad para votar”».

<sup>37</sup> “Potencial” no significa “pasivo”. Metafísicamente las potencias pueden ser activas o pasivas. Son activas las que pueden actuar por sí solas (como la potencia muscular capaz de mover el cuerpo), y pasivas cuando sólo pueden ser actualizadas por un agente externo (v. gr. el cuerpo puede sufrir un golpe). La capacidad jurígena es propiamente una potencia activa.

## 4.2. La capacidad jurígena

Según se colige de la argumentación poliana, a la capacidad física humana se suma la capacidad cultural que engloba muchas cosas. Dentro de esta capacidad cultural del ser humano está la capacidad de crear el mundo del derecho: de producir leyes, negocios jurídicos, actos unilaterales, etc.

A esta capacidad intencional de la persona llamamos capacidad “jurí-gena”, porque de ella depende el nacimiento del derecho. Hacemos uso, por tanto, de la antigua voz griega γενος (genos), que significa “que genera” o “que produce” (cuya es raíz γεν con el significado de “generar” o “producir”).

El ser humano es capaz de concretar su orden social justo, de decidir en alguna medida qué relaciones jurídicas tendrá. En términos metafísicos diríamos que a cada quien le corresponde concretar su espacio jurídico<sup>38</sup>. Y esto tanto de manera personal, como comunitaria. A nivel personal lo hace cuando firma un contrato, cuando se casa o da una propina. A nivel comunitario dictando leyes.

La capacidad jurígena en sí es *la aptitud que una persona tiene en abstracto de concretar el espacio jurídico*. Para tener esta aptitud, basta tener las potencias de la inteligencia y la voluntad; en cambio, para ejercerla han de ponerse en acto tales potencias (la razón debe pensar, la voluntad querer o amar)<sup>39</sup>. De ahí que la capacidad mira más al ser jurídico potencial, que al actual<sup>40</sup>.

La capacidad jurígena está relacionada con *capacidad jurídica de obrar*, y hasta cabría identificarlas si se la tomara en un sentido muy amplio. Tradicionalmente la capacidad de obrar se entiende como una cualidad jurídica de la persona que determina la eficacia jurídica de sus actos, o que le permite realizar actos que estructuran jurídicamente la sociedad, mediante la creación,

---

<sup>38</sup> El espacio jurídico lo entendemos como el conjunto de posibilidades legítimas, jurídicas o justas que se abren a una determinada realidad (persona, norma, cosa, etc.). Cfr. Riofrío Martínez-Villalba, J.C., “De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida”, *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, vol. 2, n. 2, 2013, pp. 447-449. Cuando la noción se aplica a la persona, se está aludiendo al conjunto de posibilidades justas, legítimas o jurídicas que la persona puede adoptar. Si se aplica a una norma, refiere al conjunto de conductas, hechos, etc. que quedan sin regular específicamente –aunque exista una directriz general–, de los que la norma inferior podrá encargarse. Observamos que si la norma superior todo lo regulara, no podría existir norma inferior que la determine. Por el contrario, es evidente que hay normas superiores e inferiores, y que las inferiores determinan a las superiores adoptando una o varias posibilidades que la norma superior no deslegitima.

<sup>39</sup> El ejercicio de las potencias superiores humanas en el fondo depende del “acto de ser” de la persona, que es el que en última instancia activa las potencias. En otras palabras, la libertad y la responsabilidad se fundamentan en último término en el ser de la persona, en su ontología más radical.

<sup>40</sup> En sentido semejante Balbín manifestaba que «el hombre está dotado de politicidad y juridicidad; estas características no puede decirse que le vengan de fuera, como algo artificial o añadido. (...) Todo hombre, por serlo, es raíz de juridicidad» (1985, p. 151). La juridicidad es una característica más bien pasiva, por la que el hombre es sujeto de derechos. En cambio, la politicidad de la que habla el autor entraña el ejercicio de la capacidad jurígena.

modificación o extinción de relaciones jurídicas<sup>41</sup>. Habría que ensanchar el concepto lo suficiente, de tal manera que por ejemplo quepa hablar del ser humano organizado en sociedad (porque no siempre se considera correcto hablar de la “capacidad de obrar” de los pueblos, comunidades, etc.). Entonces ambas capacidades sí se identificarían.

En cambio, ha de tenerse a la capacidad jurígena como el perfecto anverso de la *capacidad jurídica (a secas)*, en cuanto por ella se entienda “la aptitud o idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas” (derechos, deberes, intereses, expectativas, potestades, etc.)<sup>42</sup>. Es el perfecto negativo, porque mientras la capacidad jurígena es una potencia activa, mientras la capacidad jurídica es una potencia meramente pasiva<sup>43</sup>. No es necesario que un menor de edad pueda formar intencionalmente el derecho en su cabeza para que sea titular del derecho a la vida; basta que sea persona humana y ya está en capacidad de ostentar derechos. En cambio, no se vende ni un grano de arena sin intención humana (sin que exista un intelecto humano que comprenda qué es la compraventa y una voluntad aneja que la quiera).

### 4.3. La facultad jurígena

La facultad jurígena es *aquel poder efectivo o posibilidad jurídica de producir o ratificar el derecho, concretando un determinado espacio jurídico*<sup>44</sup>. Esta facultad humana no puede crear derecho de la nada, como la divinidad que crea *ex nihilo*. Nadie puede dictar una norma sin palabras, ni conceptos extraídos de la realidad; ningún juez puede dictar una sentencia sobre unos sujetos que no existen en absoluto; ningún ministro puede regular unas telecomunicaciones que aún no se han descubierto. La producción del derecho tiene siempre un pie en realidad extramental.

La facultad jurígena es un poder que la persona tiene frente a los demás para ordenar jurídicamente la realidad. Tal poder requiere: a) que la persona esté relacionada con otras personas, con los bienes jurídicos y con el entorno; b) que conozca la realidad externa; c) que la ordene mentalmente; y, d) que plasme ese orden fuera de sí con su conducta. Explicaremos estos elementos a continuación.

Robinson Crusoe, mientras estaba aislado, en abstracto era capaz de producir derecho, pero en la práctica no estaba facultado para ello hasta que no apareció Viernes en su isla. La facultad requiere que la persona se relacione con otras, con las cuales se traban derechos y obligaciones. Como dijimos, que la facultad jurígena es relativa a un tiempo, espacio, entorno y sujetos determinados. Tal facultad no se puede ejercer si no concurren todos los

---

<sup>41</sup> En este sentido, por ejemplo, cfr. Navarro, L., *Personae e soggetti nel diritto della Chiesa*. Roma: PUSC, 2000, pp. 12-15.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Sobre las nociones de potencia activa y potencia pasiva, *vid.* lo dicho a nota 37.

<sup>44</sup> Sobre la noción de espacio jurídico, *vid.* lo dicho a nota 38.

elementos esenciales de la relación jurídica (justamente los sujetos, objetos, entorno, etc.).

Por otro lado, nada da lo que no tiene. Si el ser humano causa el “orden jurídico” en la realidad, es porque primero lo tiene en el intelecto. Quien ejerce la facultad jurígena termina imprimiendo su orden interno —un orden intencional— en las cosas que están en el fuero externo, a las que dota de un sentido específico.

Pero ha de destacarse que el orden jurídico tiene una base *in re*: ordena cosas reales. La voluntad sólo se mueve luego de que el intelecto haya razonado (no se puede querer lo desconocido), y el intelecto sólo razona luego de conocer la realidad. Solo después de captar la *forma jurídica* que tienen los elementos materiales, la inteligencia y la voluntad pueden reordenar *intencional* y *formalmente* el orden natural preexistente. En un inicio la ley y el orden jurídico sólo están en la mente humana como *causa ejemplar* y en las cosas de manera potencial; sólo luego la voluntad realizará el derecho. Por eso, Polo calificó al derecho-ley como una ficción que continuaba la naturaleza. La ley positiva es algo producido *ex industria humana*, algo ordenado por la inteligencia y voluntad humana según una razón de justicia.

En consecuencia, el intelecto humano ha de esforzarse en conocer lo mejor posible todos los elementos de la relación jurídica (los objetos del derecho, los sujetos, el entorno, las relaciones que hay entre ellos, etc.) a fin de poder captar cuál es su orden interno y qué posibilidades hay de reordenarlo. Si descubre que la realidad externa ya está ordenada jurídicamente (como cuando se percata de que la vida humana debe ser respetada y que los pactos deben cumplirse), simplemente el intelecto ha de reconocer tal verdad jurídica. En cambio, si encuentra que una cosa sirve para varios fines (es decir, tiene un amplio espacio jurídico), la voluntad podrá optar por cualquiera de esos fines jurídicos. A continuación analizaremos esto desde la perspectiva de los efectos jurídicos.

#### 4.4. Ejercicio de la facultad jurígena

Una atenta mirada al cosmos rápidamente descubre cómo en él las cosas se crean, mueven y extinguen por alguna causa. La causalidad cósmica se produce de manera constante y hasta necesaria: las piedras caen porque la tierra los atrae, el perro segrega saliva porque apetece la carne, la flora reverdece porque hay más sol... *todo efecto tiene un agente que lo causa*<sup>45</sup>. No sucede lo mismo en el mundo intramental, donde el pensamiento carece del mismo rigor: las ideas aparecen y se van sin hora de entrada, muchas cosas se ignoran,

---

<sup>45</sup> El principio de causalidad ha sido formulado de diversas maneras: «todo lo que es movido, es movido por otro» (Aristóteles), «lo que no ha existido siempre, para empezar a ser tiene necesidad de un ser que sea causa suya», «todo lo contingente necesita una causa», «todo lo que conviene a un ser, sin pertenecer a su esencia, le conviene en virtud de alguna causa» (Tomás de Aquino). Cfr. Alvira, T., Clavell, L. y Melendo, T., *Metafísica*, Pamplona: Eunsa, 1986, pp. 178-182.



existen errores en los procesos lógicos, etc. En cualquier caso, a manera de lo que sucede en el cosmos —*ad modum naturae*—, en el mundo del derecho el pensamiento *imputa consecuencias jurídicas a un antecedente cualquiera*. Así, el “antecedente” toma el puesto del agente, el “consecuente” el puesto del efecto y la “imputación” remplaza la causalidad<sup>46</sup>. En esto consiste la operación básica de la facultad jurígena.

Esta operación imputativa se ejerce con la inteligencia y la voluntad, mediante dos actos: uno que conoce la realidad y otro que le imputa efectos jurídicos. La inteligencia primero debe conocer el antecedente jurídico y los posibles efectos que se le pueden asignar. Lo ignoto es inimputable. Si encuentra que a un antecedente sólo se le puede imputar un efecto jurídico, entonces la voluntad sólo podrá aceptar tal hecho. En cambio, si descubre que a un antecedente cabe imputar varios efectos posibles, la voluntad podrá escoger aquel que más le convenga.

Detengámonos ahora en los tres elementos esenciales de esta operación:

(i) El *antecedente jurídico* (*fattispecie*, en italiano) es cualquier cosa susceptible de soportar la imputación de un efecto jurídico. Algunos antecedentes predefinen bastante su espacio jurídico, como sucede con los entes materiales —especialmente los más perfectos—, cuya naturaleza predefine su forma de actuar y su finalidad. Un perro no sirve para arar el campo, ni se puede pactar los días en que lloverá, y sería absurdo poner una computadora bajo las llantas de un camión para evitar que se ruede. Otros antecedentes predefinen menos su estatuto jurídico, como sucede con los antecedentes meramente intencionales o “fictos” (v. gr. las compañías anónimas, las creaciones intelectuales, las universalidades, etc.).

(ii) La *imputación*, como dijimos, es un acto de la inteligencia y de la voluntad que puede darse de dos modos distintos: uno necesario, donde la inteligencia a un antecedente sólo descubre un consecuente (la voluntad sólo puede aceptarlo), y otro libre, donde la inteligencia presenta a la voluntad varios consecuentes posibles para que escoja. A tal convicción de que existen de uno o varios consecuentes posibles se puede llegar por distintos caminos: por la evidencia del resultado (v. gr. cuando en los casos fáciles se entiende que hay que respetar la vida ajena), por la cultura (quien ha visto usar la burka desde su infancia, verá en ello una cierta necesidad), por influjo de las emociones (como

---

<sup>46</sup> El principio de imputación ha sido muy estudiado en el derecho penal, donde la tipificación de un delito imputa a una conducta indeseada una sanción específica. Cfr. por ejemplo, Reyes Echandía, A., *Imputabilidad*, Bogotá: Temis, 2004; Reyes Alvarado, Y., *Imputación objetiva*, Bogotá: Temis, 1994; Quiceno Álvarez, F., *Imputación objetiva y antijuricidad*, Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2002. Aquí extendemos la teoría a toda la producción del derecho.

decía Rorty respecto de los derechos humanos<sup>47</sup>), por el juicio prudente que analiza la situación contrastando las normas superiores e inferiores, etc.<sup>48</sup>

Hay tres tipos de imputación posibles, según su necesidad. Cuando el intelecto concluye que a un antecedente sólo corresponde un efecto jurídico posible (como sucede al entender que el que daña con culpa debe indemnizar), entonces estamos ante una *imputación intelectual declarativa*. En este caso la voluntad sólo puede aceptarlo. En cambio, si el intelecto entiende que una determinada realidad ofrece varios efectos jurídicos reales posibles, la voluntad podrá escoger cualquiera de esos efectos (v. gr. la silla puede ser vendida, alquilada, prestada, etc.); entonces estamos ante una *imputación volitiva predefinida*. Por último, si alguno de los extremos de la operación imputativa es ficto (como sucede con las personas jurídicas a las cuales se atribuyen derechos y obligaciones), entonces estaremos ante una *imputación ficta*.

(iii) Respecto al consecuente o *efecto jurídico*, este también puede ser real o ficto. Efecto real es cualquier sanción, cualquier obligación de dar, hacer o no hacer. Es ficto cuando incluye cualquier elemento ideal, como lo son los títulos valores. La noción de compraventa incluye dentro de sí un efecto jurídico ficto: el comprador debe pagar con “dinero” (ficción de un valor intercambiable), no con otra cosa pues sino sería permuta.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos de afirmar que el “efecto jurídico último” del tráfico jurídico deberá ser siempre real. Si el dinero no sirve para adquirir cosas reales, las leyes, los contratos y todo lo jurídico se transforma en puro juego de niños.

Una cuestión distinta es si acaso el efecto jurídico debe verificarse con necesidad física, lo cual no se confirma en el tráfico jurídico: los contratos se incumplen, las deudas quedan insolutas... Por eso mismo cabe calificar de injustos a quienes actúan fuera de la ley. Si los efectos jurídicos operaran con necesidad física, no habría injusticias, violaciones a los derechos, ni nada que reparar.

No obstante conviene recordar que, según las reglas de la metafísica, lo normal es que la naturaleza consiga sus objetivos. Por eso la norma general en el derecho es la de salvar los efectos jurídicos deseados por la potencia natural de la voluntad. *In dubio pro actione*. Esta norma hermenéutica ha de regir toda la actuación humana.

## 5. POSIBILIDADES DE LA FICCIÓN

Acabamos de ver que en general el antecedente, la imputación y los efectos jurídicos pueden ser reales o fictos. Lo único que no podía ser ficto es la realidad extramental que a su modo dotaba al intelecto de conceptos para

---

<sup>47</sup> Cfr. Rorty, R., “Human Rights, Rationality and Sentimentality”, en Shute, S. y Hurley, S. (eds.), *On Human Rights: Rights*, Oxford: The Oxford Amnesty Lectures, 1994.

<sup>48</sup> Cfr. Riofrío Martínez-Villalba, J.C., “Las causas metafísicas como fuentes del derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 15, 2012, pp. 273-290.

educir los antecedentes primarios, y los “efectos jurídicos últimos”. Además dijimos al inicio de este trabajo que lo ficto admite grados. Cabe entonces preguntarse qué tan fictos pueden llegar a ser los mencionados elementos.

La cuestión podría plantearse en los siguientes términos: ¿Qué cosas son fingibles? ¿La ficción tiene algún límite? ¿Acaso aún podría descubrirse un nuevo mediterráneo jurídico como de las personas ficticias descubiertas a fines del siglo XIII?

Para responder a estas difíciles cuestiones nos ayudará la intuición poliana que sostenía que el derecho sólo puede «fingir la naturaleza», siendo ese su límite. De ahí sacamos dos criterios sistemáticos que nos permitirán demarcar el mapa de lo fingible. El primer criterio es que *sólo se puede fingir lo que existe*, lo que tiene ser, lo que goza de algún grado de actualidad. La nada es infingible. Si el derecho humano se construye *ad modum naturae*, fingiendo seriamente la realidad extramental, luego habrá que analizar qué tipos de realidad existen para fingirlas. El segundo criterio es que *sólo se puede fingir jurídicamente lo que existe jurídicamente*. No nos interesa fingir para hacer una glamorosa obra de teatro que deleite del público, ni para engañar, ni para bromear; sólo nos interesa fingir “lo jurídico” para tener efectos jurídicos.

“Lo jurídico” es algo más que el derecho, y está vinculado con la relación jurídica y con todos sus elementos. En concreto, sostenemos que sólo podrán fingirse los elementos de la relación jurídica, que a saber son: los elementos materiales (personas, cosas y entorno), los elementos formales (la *res iusta*, el vínculo jurídico la titularidad del bien, etc.) y los elementos metafísicos de la realidad (ser, potencia, tiempo y cambio). A continuación los analizamos en su orden.

### 5.1. Elementos materiales (personas, cosas y entorno)

(i) *Las personas*. El decretalista Sinibaldo de Fieschi (†1254), que más tarde llegó a ser Su Santidad Inocencio IV, elaboró el concepto de persona jurídica distinguiendo entre *universitas* (corporación, comunidad, reagrupamiento, etc.) y los miembros que la componen<sup>49</sup>. Lo hizo fingiendo aquello que sucedía con las personas naturales, usando términos parecidos y declarando expresamente que en el grupo social se finge una persona (*fingatur una persona*)<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Entre las obras más famosas del decretalista Sinibaldo de Fieschi están *Apparatus in quinque libros decretalium* y *Novelle Innocentii quarti*. En el derecho romano ya habían aparecido los *municipia*, que eran órganos públicos con funciones análogas a las de una persona jurídica, pero no existían antes privados de tal naturaleza, ni mayor reflexión sobre el tema. Cfr. Ferrara, F., *Teoría de las personas jurídicas*, México: Ed. Jurídica Universitaria, 2002, p. 6. Algo similar sucede con la *Genossenschaft* germana.

<sup>50</sup> La frase ha causado polémica. Gierke se creyó autorizado a criticar la frase del Inocencio IV por su proximidad a la “teoría de la ficción”. Cfr. Gierke, O.v., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlín: Weidmann, 1881, pp. 271-282. Messner menciona que el Papa habla en realidad de la persona jurídica como de una *res incorporalis*, y con ello, no deja lugar a dudas de que en su opinión es algo más que una mera “ficción” sin realidad propia. Cfr. Messner, J., *Das Naturrecht*. Düsseldorf: Patmos, 1967. Trad. de J.L. Barrios Sevilla, Rodríguez Paniagua, J.M. y Díez, J.E.,

En la persona humana se pueden fingir muchas facetas suyas, porque en ella hay muchos aspectos dotados de actualidad: su acto de ser, su forma substancial, su forma accidental, sus acciones y sus hábitos. El *acto de ser* es lo más medular y radical que tiene, y se identifica con el mismo ser persona: este encuentra su ficción en la persona jurídica, como lo entrevió Sinibaldo de Fieschi. La *forma substancial* (el alma) tiene dos potencias (la inteligencia y la voluntad): en cuanto están en potencia negativa de recibir especies son difícilmente imitables, porque una potencia negativa escasa actualidad tiene; sin embargo, podría especularse sobre la imitación de su potencialidad activa por la que la inteligencia ve y la voluntad quiere o elige (v. gr. fingiendo por algún motivo que las autoridades han tomado decisiones, como cuando un batallón “hace el enlace”<sup>51</sup>). Algunas *formas accidentales*<sup>52</sup> han sido fingidas seriamente por el derecho: por ejemplo, el accidente acción-pasión que genera daño corporal, ha sido fingido en el derecho de daños que obliga a resarcir por el contrato no cumplido (no hubo daño real, ni físico, sino algo parecido, un algo esperado no realizado). *Actos físicos* como el de impedir que alguien entre en un terreno han sido fingido por el letrado “prohibido el paso”. Los *hábitos* (inclinaciones creadas por el acto, y más por su repetición) son fingidos fuertemente por las leyes que inclinan a actuar de un modo determinado.

Nos centraremos ahora en el estudio de las personas ficticias. Lo propio de las personas ficticias es ser *centros jurídicos*. Dentro de la geometría el centro es el punto interior donde confluyen de alguna manera (por mirar hacia ese lugar, por ser equidistante, por cruzar por ese lugar, etc.) las líneas, figuras, espacios, etc. Jurídicamente centro es aquel ente real o ideal al que se le imputan situaciones jurídicas (derechos, obligaciones, capacidades, potestades, prohibiciones, etc.). Puede ser centro jurídico cualquier género de subjetividad jurídica.

---

*Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho natural*, Madrid: Rialp, 1967, p. 196, nota 42, donde se invoca la autoridad de Santo Tomás que, en opinión de Messner, deja caer que la realidad de las corporaciones difiere tanto de una mera ficción como de la persona natural. Las citas invocadas son las siguientes: «todos los hombres que nacen de Adán pueden considerarse como un único hombre, en cuanto convienen en la naturaleza que reciben del primer hombre, al modo que en el derecho civil todos los que son de una comunidad se consideran como un cuerpo, y la comunidad entera como un hombre. Dice también Porfirio que, “muchos hombres, por participación de la misma especie, son un solo hombre”» (*Suma Teológica*, I-II, q. 81, a. 1, sol.); «por analogía se llama cuerpo a una multitud ordenada en unidad según diversas actividades o funciones» (*Suma Teológica*, III, q. 8, a. 4).

<sup>51</sup> En el lenguaje militar del siglo XX el “enlace” era la persona que actúa de intermediario entre otras. El término se empleaba para designar a quien decide según la mente de los mandos, cuando no se pueden recibir las órdenes directamente. Estaba detrás una razón de eficacia: todos los batallones deben actuar de forma conjunta, buscando unos mismos objetivos trazados por el estado mayor, aunque en algún momento alguno de ellos quedara aislado e incomunicado.

<sup>52</sup> Recordamos que los accidentes son “modos de ser” de la substancia, que inhiere en ella. Según Aristóteles, son: cantidad, cualidad, acción-pasión, *ubi* (donde), *situs* (estructura espacial interna), *quando* (o situación temporal), *habitus* (la posesión física de las cosas) y relación.

Solo hay un centro jurídico natural, que es la persona humana. Por su fuerte acto de ser, ella tiene una potencialidad pasiva y activa (puede ver, querer, elegir, mover, etc.). A imagen de la persona natural, la facultad jurígena crea los demás centros jurídicos ficticios que sobre todo tienen una potencialidad pasiva: las personas ficticias son movidas, no se mueven a sí mismas. Son una especie de autómatas que no funcionan si no reciben un empujoncito el ser humano.

Hay una gran variedad de centros jurídicos. Se los puede anclar a entes ficticios (como el nombre de una compañía, un acuerdo verbal, un título valor, etc.) o a entes reales (como una casa, una mesa, una herencia, una bolsa con monedas o a la misma naturaleza<sup>53</sup>). Cada rama del derecho tiene sus propios sujetos o centros jurídicos: el derecho patrimonial suele tener como centro de imputaciones al nacido vivo; el derecho tributario al que incurre en el hecho generador, pudiendo ser una herencia, una universalidad o cualquier otro patrimonio de afectación; el derecho matrimonial a hombre y mujer, etc. Además, puede haber centros jurídicos más o menos perfectos, según se les pueda imputar más o menos efectos o situaciones jurídicas. Los más estables (v. gr. el Estado) tienen más larga duración y son susceptibles de soportar múltiples efectos jurídicos. Por el contrario, los centros menos estables (v. gr. una reunión) son efímeros y con dificultad se les puede imputar algún efecto jurídico.

Además se pueden clasificar los centros jurídicos según su nivel de abstracción. Son centros reales los que imputan los efectos jurídicos a una persona física o jurídica existente y determinada en la realidad. En cambio, son abstractos aquellos centros donde *a priori* falta esa persona real y determinada. Los oficios o cargos instituidos por ley, los estados de vida (v. gr. soltero, casado, viudo, etc.)<sup>54</sup>, las funciones del Estado, etc. tienen diferentes niveles de abstracción, pero todos ellos prescinden *apriorísticamente* de un sujeto de derecho real y determinado. Para que en la realidad opere la norma reguladora del oficio, cargo o función pública, hace falta que se dé la “colación” o “designación”, que es el acto de nombrar a una persona específica para que ejerza tal función.

---

<sup>53</sup> Los ejemplos puestos se han verificado en la historia del derecho. En el viejo derecho canónico los templos eran una especie de centro de imputaciones jurídicas con algún grado de responsabilidad; también existían los “altares privilegiados” que otorgaban beneficios jurídicos a quienes celebraban ahí. Ciertas bolsas con dinero funcionaban como un fideicomiso mercantil contemporáneo, con cierta personalidad propia. La vigente constitución ecuatoriana trata a la naturaleza como sujeto de derechos; en el fondo, los arts. 71-74 han creado un centro *jurígeno* de imputaciones jurídicas para la naturaleza.

<sup>54</sup> Arrieta considera a los oficios como centros abstractos y estables de atribución de efectos jurídicos. Cfr. Arrieta, J.I., *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milán: Giuffrè Editore, 1997, pp. 141, 146-147. Otros lo ven sólo como sujetos o módulos abstractos. Cfr. Souto, J.A., “Presupuestos doctrinales de la noción de oficio en el CIC”, *Ius Canonicum*, 18, 1969, p. 331; Bonnet, P.A., “Ufficio, diritto canonico”, en *Enciclopedia del diritto*, t. XLV, Milán: Giuffrè Editore, 1992, p. 683.

(ii) *Las cosas*. De forma análoga se puede fingir que las *cosas* existen, como cuando se vende la cosecha futura que quizá nunca llegue o cuando se comercializan títulos valores, papeles que representan cosas indeterminadas. Las cosas también tienen forma substancial, accidentes, actos y hábitos fingibles.

(iii) *El entorno*. El entorno puede ser mental o extramental. El entorno de un pueblo isleño es la laguna, el mar o el océano donde se ubica la isla, y eso es lo que lo “aisla” y divide del resto de los pueblos. A imagen de esa división física marcada por las aguas están las líneas limítrofes que dividen artificialmente los diversos estados y que están marcadas por la historia, la fuerza o la voluntad de los pueblos. El entorno jurídico natural de un acto jurídico es el ordenamiento jurídico del lugar donde se celebra. No obstante, es lícito en varios negocios fingir otro entorno jurídico distinto, como cuando en un contrato de servicios civiles se pacta someterse a las leyes y jurisdicción de una nación extranjera.

Ya hemos parangonado los hábitos humanos con las normas o leyes, que inclinan intencionalmente a obrar de un determinado modo. En la pirámide jurídica las normas se grafican como una línea o bloque lineal (trapezoide largo o rectangular). Ello es muy acertado, porque al igual que una línea geométrica está compuesta de muchos puntos donde se repite un criterio aritmético de posición, también las *líneas jurídicas* comprenden muchos *actos y hechos puntuales* que repiten el criterio formal de la norma.

El derecho superior<sup>55</sup> tiene sus preceptos formales que la voluntad humana puede concretar y potenciar. Por ejemplo, el principio abstracto del *pacta sunt servanda* previsto en el derecho superior puede ser asegurado por un sistema judicial bien organizado. Además, la capacidad jurígena permite producir: a) líneas de conducta de incidencia personal, que sólo determinan la conducta de quien los ha emitido, como sucede con los votos o el juramento; b) líneas de incidencia cerrada, que fijan *ad intra* los efectos jurídicos dentro del grupo que la acordó, como el estatuto de una compañía; y, c) líneas de incidencia abierta como las leyes, que son sancionadas por quien tiene potestad sobre terceros.

La figura de la analogía crea ficticiamente leyes donde antes no las había. Bajo el entendido de que una situación es muy similar a otra, se considera que si el legislador que opinó de una manera determinada en el primer asunto ha de opinar de manera similar en otro asunto muy parecido, se termina creando una regulación inexistente, que nunca fue sancionada, para cubrir el vacío legal.

Por otro lado, si el fingimiento ha de darse *ad modum naturae* y la realidad tiene una perfección gradada (es más o menos perfecta, más o menos desarrollada), luego también los productos fingidos tendrán grados de perfección. Por eso pueden gradarse o jerarquizarse las normas jurídicas, los

---

<sup>55</sup> Fundamentalmente nos referimos aquí a aquel derecho extraído de las primeras conclusiones del intelecto humano. Pero lo dicho también sirve para cualquier norma superior.

actos jurídicos, los centros jurídicos y cualquier otro producto jurígeno. A ejemplo de la jerarquía que había entre ley natural y ley positiva propugnada desde la antigüedad, el movimiento constitucionalista jerarquizó el ordenamiento jurídico en varios niveles: primero la constitución o el tratado internacional, luego las leyes orgánicas, a continuación las leyes ordinarias, en seguida los reglamentos ejecutivos, ordenanzas, etc. Tal jerarquía normativa establece unos *escalones, gradas o pisos jurídicos*, que constan bien delimitados en la pirámide jurídica.

La jerarquía de los pisos jurídicos está marcada por varios factores: por la realidad intramental o extramental, ser un producto jurígeno superior o inferior, anterior o posterior, general o especial, abstracto o singular (*ad singulis*). En otro trabajo detectamos tres pisos necesarios y distintos en el ordenamiento jurídico: el de la realidad extramental, el del conocimiento y el de la voluntad. El *nivel de la realidad* – donde aparecen los objetos del derecho – es el piso más rico y con más posibilidades jurídicas: la ciencia siempre podrá descubrir algo nuevo en la realidad, darle un nuevo sentido, servirse de ella de un modo distinto. Ejemplo paradigmático es el petróleo, al que cada año le siguen añadiendo funciones en la vida cotidiana, en el mercado y en el tráfico jurídico. Una reducción cuantiosa de esas posibilidades jurídicas se da en el *nivel del conocimiento*, que sólo capta una parte pequeña de la realidad y que, por tanto, sólo podrá dar un sentido jurídico limitado a los objetos del derecho. Conforme vaya descubriendo las funcionalidades de las cosas, le podrá dar más efectos jurídicos. Por último, está el *nivel volitivo* donde la voluntad decide el destino de los objetos escogiendo una opción jurídica posible, de todas las posibilidades ideales que la inteligencia le muestra (v. gr. venta, alquiler, fideicomiso, etc. de la cosa; sanción de una norma o de otra; adopción o no de una costumbre, etc.). La voluntad siempre actúa después del intelecto, porque es imposible querer lo desconocido. Dentro de todos los posibles jurídicos conocidos, la voluntad escoge uno: así, ella reduce el espacio jurídico de la inteligencia<sup>56</sup>.

Además, también pueden jerarquizarse los centros jurídicos, como cuando se establecen grados entre las diferentes autoridades o funciones del Estado. Un abuso de esta capacidad jurígena es la esclavitud, que crea un piso jurídico entre dos sujetos de igual dignidad. Lo que naturalmente es igual no puede recibir jurídicamente un trato diferente.

## 5.2. Elementos formales

Toda relación jurídica tiene unos elementos formales que con-forman su contenido. El principal de ellos es el derecho entendido como *res iusta* (como “lo

---

<sup>56</sup> Esta es nuestra teoría de la pirámide invertida, que no consiste sino en la reducción escalonada del espacio jurídico. Mientras más se concreta la realidad jurídica, menos posibilidades jurídicas hay. Tal concreción es la que estructura el orden del ordenamiento jurídico. Al respecto, cfr. Riofrío Martínez-Villalba, J.C., “De la pirámide de Kelsen a la pirámide invertida”, *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, vol. 2, n. 2, 2013, pp. 436-461. Sobre el concepto de espacio jurídico, *vid.* nota 38.

justo” o “lo igual”, en sentido aristotélico), que le da sentido a toda la relación. Otros elementos que formalizan la relación jurídica son: la titularidad que el individuo tiene sobre la cosa, la relación interpersonal que vincula a los sujetos y las relaciones con el entorno. Todas estas relaciones son imitables en alguna medida. Así, la relación interpersonal padre-hijo ha sido fingida en la adopción; el poseedor sin título de un terreno finge su titularidad positiva y quienes pisan su terreno actúan en concordancia fingiendo una titularidad negativa (deben respetar lo que se cree de otro). En la posesión esta ficción suele ser tan fuerte que los mismos implicados se la creen. En cambio, cuando se finge el derecho estamos ante una ficción bastante débil, cuasitrivial, basada en el error: nace cuando todos caen en el error común de derecho, desaparece cuando alguien descubre el error<sup>57</sup>.

Como se ve, no toda ficción es válida. La ficción jurídica está limitada por la realidad extramental, por los conocimientos jurídicos del ser humano y por las decisiones jurídicas de la voluntad. La ficción antijurídica es trivial, incapaz de producir efectos jurídicos propios. Una ficción jurídica contraria al derecho, a lo justo, sería una *contradictio in terminis*. Muy depurada en este sentido es la doctrina tributaria, que considera fraude tanto fingir absolutamente un hecho imponible no gravable (donde los hechos no calzan con los elementos esenciales determinados por la norma tributaria), como optar (dentro de las economías de opción) por unos hechos imponibles totalmente extraños, con el único fin de conseguir un ahorro fiscal. La intención real de las personas debe coincidir con los objetivos, fines y elementos esenciales del negocio adoptado: no es lícito manifestar una voluntad ficticia para evadir impuestos.

### 5.3. Elementos metafísicos generales (acto, potencia, cambio y tiempo)

Ya hemos justificado la fingibilidad de los entes jurídicos que están en acto o poseen alguna actualidad (personas, cosas, entorno y relaciones). Ahora observamos que también el tiempo y el cambio son fingibles. Varias leyes fingen un *tiempo* que no necesariamente se dio, como leyes retroactivas a favor del reo fingen haberse dictado en una fecha falsa, o las presunciones de la conmorienencia o de la muerte presunta en un día fijado a discreción. También se pueden fingir *cambios jurídicos*, como sucede con el matrimonio putativo donde se finge que hubo un cambio de estado civil que nunca existió.

Las leyes fingen muchos hechos: así lo hacen la presunción de que los hijos nacidos dentro del matrimonio pertenecen a ambos cónyuges mientras nadie lo impugne, lo cual no siempre es verdad; el tratamiento del niño adoptado como si hubiera nacido de la pareja; la ficción de que ciertos ciudadanos residen en el país para efectos de jurisdicción, votación, etc. aunque la realidad fuera otra; la concesión de la nacionalidad por el *ius soli* a quien nació fuera del país en una misión consular, etc.

---

<sup>57</sup> Vimos antes que un presupuesto jurídico para que la ficción opere es que todos los sujetos interrelacionados la compartan. Si la ficción es falsa y no hay justificación suficiente —como sucede en el error común descubierto— la ficción no opera.



Resulta más difícil fingir la *potencia jurídica* por su escasa actualidad. Sólo se fingen las cosas que existen, no las que no existen, y la potencia está entre el ser y el no ser. Si algo se puede fingir en lo potencial, es su término, aquella perfección que aún no ha alcanzado pero que eventualmente alcanzará. Los menores pueden ser considerados adultos y regirse bajo sus leyes para determinados fines jurídicos: para contraer matrimonio, si son menores adultos; para realizar compraventas de escasa cuantía o para definir la responsabilidad por ciertos delitos en algunas legislaciones, etc.

Sintetizando las ideas más importantes y traduciéndolas a un lenguaje más técnico, tenemos que pertenece a la facultad jurígena concretar el espacio jurídico humano creando los siguientes productos jurígenos: (i) *actos y hechos puntuales* con efectos jurídicos; (ii) *líneas jurídicas* que regulan la actuación; (iii) *pisos jurídicos* que jerarquizan cualquier producto jurígeno; (iv) *centros jurídicos* donde finalicen o se imputen los productos jurígenos; (v) *objetos jurídicos* de la relación jurídica; y, (vi) *entornos jurídicos*. Consideramos que un afinamiento en estas nociones servirá a los analíticos del derecho y a todos a quienes gusta silogizar todos los procesos mentales de nuestra ciencia.

#### 5.4. Límites de la ficción jurídica

Vistas las posibilidades de bosquejar ficciones jurídicas en positivo, corresponde ahora analizar el mismo tema en negativo, revisando cuáles son los límites de la ficción. Para hacerlo hemos de distinguir nuevamente el derecho como ficción y las ficciones del derecho.

Respecto al derecho como ficción, dijimos que era una ficción fuerte, un ente intencional construido sobre la base directa de la realidad, de la cual la inteligencia educía su forma y creaba la relación de igualdad (la *res iusta*). Por tanto, queda justificado como el derecho está delimitado formalmente por la realidad extramental. Así, quien por culpa al conducir colisiona con otro auto, deberá pagarle los daños correspondientes: sin excusas, atenuantes o agravantes, el juez no está facultado para excusarle del pago de los daños al infractor en base a ninguna conjetura ficta. Algo semejante cabría decir del derecho entendido como *ley*. Si embargo, como las leyes suelen contener normas declarativas o programáticas, valores, principios, etc. y no siempre resultan eficaces, luego parece que esta ficción es menos fuerte que la *res iusta*, por cuanto en ocasiones está menos vinculada con la realidad extramental.

Centrémonos ahora en aquellas ficciones que el legislador o la jurisprudencia han creado para algún fin. Dijimos que estas ficciones eran débiles, y que si se contraponían a los conocimientos fuertes, las ficciones débiles habrían de tenerse por falsas y espurias. De todo esto se desprende que el uso de las ficciones débiles es siempre instrumental, excepcional y restringido para un fin determinado.

Para que una ficción opere en el mundo del derecho, ella debe poder encajar en la relación jurídica, que es el único ambiente donde el derecho puede

subsistir. Esto implica fundamentalmente tres cosas: (i) que la ficción debe ser conocida por todos los sujetos implicados en la relación jurídica; (ii) que la ficción debe tener una justificación suficiente; y, (iii) que los “efectos jurídico últimos” de la ficción no pueden causar injusticia, ni ir contra el orden establecido, porque desnaturalizaría la misma relación jurídica.

La justificación de las ficciones jurídicas depende del fin, que es siempre instrumental. Se justifican en que ahorran razonamientos jurídicos, simplifican la aplicación de la ley, tornan más equitativa las adecuaciones normativas, etc. en miras a volver más clara la determinación de lo justo. Ello no sucedería si sólo uno de los sujetos de la relación jurídica conoce la ficción, y el otro actuara como si no existiera, lo que generaría ventajas para una parte y desventajas para la otra, cuando no confusiones y atropellos. Tampoco las ficciones cumplirían su finalidad si el resultado del razonamiento fuera una conclusión injusta.

Lo ficto no necesariamente es algo falso, como alguna vez se ha dicho<sup>58</sup>, aunque podría serlo. Es falso cuando contradice la realidad; no lo es cuando la mente simplemente crea un nuevo ente de fantasía, como una compañía, un cargo sin colación o un nombre al que se imputarán derechos y obligaciones. En principio, las ficciones no falsas deberían tener mayor eficacia, que las falsas, y lo mismo habría que decir de las ficciones mejor motivadas frente a las poco justificadas. Por eso la jurisprudencia ha hecho bien en no aplicar las ficciones legales a aquellos casos donde no se ha previsto su aplicación. Esto ha sucedido por ejemplo en materia societaria, donde cada vez es más frecuente que los jueces levanten el velo de la personalidad jurídica (ficticia) para ver quiénes son los sujetos realmente involucrados, y en materia penal, donde resulta obvio que las personas morales no cometen delitos porque las ficciones no tienen inteligencia y voluntad capaz de perpetrar crímenes.

Con todo, la licitud de las ficciones no depende de su veracidad o falsedad, sino de su justificación y de sus efectos. Son lícitas cuando existen motivos para emplearlas y cuando sus efectos son justos. No hay ficción jurídica ajena al orden jurídico. Para revisar si una ficción es legítima o válida, más que mirar a lo ficto, hay que mirar si los efectos causados se someten a las normas vigentes, a lo pactado, a lo justo... Estas ficciones no contrarían en absoluto el orden jurídico.

Por ello, pueden tenerse por legítimas aquellas ficciones falsas que, justificadamente, causan efectos justos. La presunción de la conmorienencia de varias personas en un accidente común es falsa, pero es justo que el legislador haya querido ahorrar incertidumbres, líos probatorios, etc. fijando una presunción falsa. El legislador no pretende convencer a nadie de la muerte común, sino que desea que se actúe como si eso hubiera sucedido. En definitiva, en las ficciones del derecho lo que debe encajar dentro del orden jurídico no son

---

<sup>58</sup> Ihering, por ejemplo, había dicho que la ficción jurídica era «una mentira técnica consagrada por la necesidad». Schauer dijo de forma más tajante que «el problema básico es que la ficción es, por definición, falsa» (Schauer, F., *Legal Fictions Revisited*. University of Virginia School of Law: SSRN (*pro manuscripto*), 2011, p. 2). La traducción es mía.

los razonamientos abstractos más o menos desconectados de la realidad, sino los efectos jurídicos que se han de producir en la realidad. Caben las ficciones que producen efectos justos, no caben las de efectos injustos.

Tomando en cuenta lo visto hasta aquí, y lo desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia<sup>59</sup>, sintetizamos los límites a los que están sometidas las ficciones en los siguientes:

- Son nulas e ineficaces aquellas ficciones jurídicas que ocasionen resultados injustos, contraríen la norma superior o permitan conductas ilegítimas.

- Son nulas e ineficaces las ficciones jurídicas más débiles contrarias de manera insalvable e injustificable a las verdades más evidentes, o a las ficciones más fuertes<sup>60</sup>.

- Cuando desaparece la justificación de la ficción legal, desaparece también la validez de su aplicación.

- Hay que tomar con cautela las ficciones montadas sobre otras ficciones. En general, no cabe construir una ficción débil sobre otra ficción débil.

- Las ficciones jurídicas no suelen operar, ni tener ineficacia, cuando se las usa con fines distintos para los que fueron creadas.

- La mayoría de ficciones legales merecen una de interpretación estricta, cuando no restrictiva.

- Por lo mismo, conviene en sumo grado que las resoluciones de las autoridades aclaren en los casos más controvertidos cuál es la justificación de haber acudido a una determinada ficción. En los casos más sencillos la justificación puede darse por sobreentendida.

## 6. CONCLUSIONES

De lo anterior colegimos lo siguiente:

1. Existen diferentes formas de concebir las ficciones: como algo contrapuesto e incomunicable con la realidad, o como una continuación intencional de la misma realidad.

---

<sup>59</sup> Desarrollamos aquí, de forma abstracta, algunas conclusiones a las que ha llegado la jurisprudencia comparada (v. gr. en el caso de la India *Ganga v. Chandrabhagabai*, 32 Bom.275 y en el caso inglés *Sinclair v. Brougham* 1914 AC 378), además de las encontradas en Jing, W., *Legal fiction of legitimacy and its limits*, Jiangsu (China): Nanjing Normal University, 2011.

<sup>60</sup> Tales ficciones son posibles porque el intelecto humano posee la habilidad de construir pensamientos sobre otros pensamientos preexistentes. Así se crean las grandes cosmovisiones, los sistemas filosóficos, las grandes ideologías. Pero si lo ficto-débil (lo menos evidente, la ficción montada sobre otros conocimientos) se contradice de manera insalvable con los conocimientos más evidentes, la ficción débil carecerá de fundamento.

2. Hay ficciones más cercanas a la realidad y otras más alejadas.

3. El derecho entendido como *res iusta* (como “lo justo”, “lo igual” aristotélico) es una ficción muy fuerte, que depende totalmente de la realidad. La ley lo es un poco menos. Las ficciones legales son ficciones en sentido débil.

4. Las ficciones jurídicas pueden crearse porque el ser humano es capaz de ello, y está facultado a ello. A esto llamamos “capacidad jurígena” y “facultad jurígena”.

5. La facultad jurígena implica un poder efectivo de producir o ratificar el derecho, concretando las posibilidades jurídicas. Su uso presupone que la inteligencia conozca el antecedente y el efecto jurídico, para que luego la inteligencia o la voluntad realice la respectiva imputación.

6. La capacidad jurígena permite crear entes jurídicos ficticios como: actos y hechos puntuales, normas de actuación, jerarquías, sujetos jurídicos, objetos del derecho, entornos jurídicos, entre otras cosas.

7. En todo caso, las ficciones jurídicas tienen sus límites. La ficción injusta no debe estar amparada por el derecho. No debe haber ficción injustificada.