

NOTAS SOBRE LA NATURALEZA DE LAS FICCIONES LEGALES EN LOS DERECHOS ROMANO E INGLÉS

SUMARIO: 1. Afinidades entre el derecho romano y el inglés. 2. Ficciones legales. Noción preliminar. 3. Apreciaciones valorativas. 4. Ficciones en el derecho romano. a) *Mancipatio*. b) *In iure cessio*. c) *Nexum*. d) *Acceptilatio*. e) *Nexi Liberatio*. f) *Actio ficticia*. g) *Sponsio praeiudicialis*. h) *Lex Cornelia*. 5. Ficciones en el derecho inglés. a) *Bill of Middlesex*, *Writ of Latitat*. b) *Writ Quare Clausum Fregit*. c) *Writ of Quominus*. d) *Writ on the case* referente a costumbres mercantiles. e) *Trover*. f) *Ejectment*. g) *Common Recovery*, *Fine*. h) *Lease and Release*. 6. Clasificación de las ficciones. 7. Distinción frente a las asimilaciones, presunciones y *estoppel*. 8. Negocios aparentes e indirectos. 9. Negocios simulados y en fraude a la ley. 10. Aplicación de las categorías anteriores a las ficciones legales y función de éstas. Conclusiones.

1. *Afinidades entre el derecho romano y el inglés*

Para el estudioso formado en la tradición jurídica europea o en sus derivaciones iberoamericanas, habituado como está a considerarse heredero directo y único de la herencia perenne del derecho romano, la aseveración en el sentido de que hay una mayor afinidad entre el jurista del *common law* y el romano, de la que existe entre éste y su moderno sucesor en los sistemas codificados actuales, constituye una revelación que le produce en su principio tanta sorpresa como incredulidad.

“Podrá parecer una paradoja, pero es cosa cierta —afirman Buckland y McNair—, que hay una mayor afinidad entre el jurista romano y el abogado del *common law* que la existente entre aquél y su sucesor civilista actual. Tanto el abogado del *common law* como el jurista romano huyen de las generalizaciones y, hasta donde ello es posible, de las definiciones. Su respectivo método es intensamente casuista: ambos se mueven de un caso a otro y se muestran más interesados en establecer un conjunto de reglas prácticas, aun a riesgo de incurrir en alguna incoherencia lógica susceptible de crear más tarde cierta dificultad, que de

elaborar algo que se asemeje a un sistema lógico. No es ese el método del Pandectista. Para éste, el derecho es un sistema de normas a deducirse de un núcleo de principios primarios cuya expresión constituye el "Allgemeiner Teil" de su estructura."¹

La posición anterior, lejos de ser unilateral, es compartida incluso por romanistas no ingleses, desde Ihering² a Schultz.³ Esa afinidad de actitudes y métodos entre el jurista romano y el del *common law* ha resultado en sorprendentes analogías institucionales. Una de ellas está representada por el notable paralelismo entre la *equity* y el *ius praetorium*; ⁴ otra, no menos singular, por las "ficciones legales".

2. Ficciones legales. Noción preliminar

A reserva de intentar más adelante establecer con mayor precisión la naturaleza de las ficciones legales y deslindarlas frente a figuras semejantes, las observaciones preliminares que siguen nos servirán como noción provisional.

Refiriéndose a la ficciones del derecho romano, pero teniendo en cuenta también las del derecho inglés, Ihering sostuvo: "La finalidad de la ficción consiste en eliminar las dificultades inherentes a la adopción y aplicación de nuevas reglas jurídicas más o menos incisivas. Ella deja intacta la doctrina tradicional en su antigua forma, sin disminuir no obstante en la práctica la plena eficacia de la forma nueva. La ficción rodea las dificultades en lugar de resolverlas. Ella no es más que la solución científicamente imperfecta a un problema, y merece, como el acto aparente, ser llamada una *falsedad técnica consagrada por la necesidad*. . . El derecho inglés ha hecho de ese medio la aplicación más amplia. Una vez más,

1 *Roman Law & Common Law. A Comparison in Outline*, por W. W. BUCKLAND y Arnold D. McNAIR, 2ª ed., revisada por F. H. LAWSON, "Cambridge at the University Press", p. xiv. Pese a esa afinidad entre el jurista romano y el inglés, no por ello estos autores dejan de reconocer las considerables diferencias entre uno y otro sistema. *Op. et. loc. cit.*

2 "De lo pueblos modernos —ha afirmado ese jurista— ninguno se asemeja más al romano que el inglés." *Vid. El Espíritu del Derecho Romano*, por R. VON IHERING, versión española de Enrique PRÍNCIPE y SATORRES, Librería Editorial de Carlos Bailly-Baillière, Madrid, 1891, t. I, p. 355. Nótese también su referencia en el texto a las ficciones legales en ambos sistemas.

3 *Principles of Roman Law*, por Fritz SCHULZ, versión inglesa de Marguerite WOLFF, "Oxford at the Clarendon Press", 1936. *Vid.* cap. IV, "Abstraction", sec. v, "Roman disinclination for abstract formulation of legal rules", especialmente, subsec. I, "Casuistic style in statutes; Comparison with English statutes", pp. 40-49.

4 *Vid.* del autor: *Analogías y Contrastes en el Dualismo Jurídico de los Sistemas Romano y Británico*, "El Foro", Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, 4ª época, núms. 4-6, abril-diciembre, 1954, pp. 39-57.

este ejemplo nos demuestra que no nos encontramos en presencia de una institución privativa romana, sino que en cierta fase del desarrollo intelectual, bajo el imperio de una profunda necesidad, surge una pareja institución.”⁵

Con respecto a las ficciones del *common law*, Mitchell propuso esta definición: “La ficción legal es un expediente destinado a ocultar el hecho de que una decisión judicial no está en armonía con el derecho existente. El uso y propósito únicos de cualquier ficción legal, en último análisis, consisten en ocultar en apariencia la circunstancia de que el derecho ha sufrido un cambio a manos de los jueces.”⁶

3. *Apreciaciones valorativas*

Por lo que hace al juicio valorativo que han suscitado, el mismo autor expresa: “La literatura referente a las ficciones legales ofrece una curiosa peculiaridad: mientras que acerca de otros temas jurídicos las opiniones generalmente son tan variadas como los diversos autores... sobre éste parecería que sólo hay dos opiniones —diametralmente opuestas— una y otra defendidas con la mayor pasión... en el sentido de que las ficciones son un mal absoluto, un escándalo y una desgracia, o de que representan una de las mayores glorias del *common law*.”⁷

En efecto, de Cicerón⁸ a Bentham, aunque éste sin comparación más apasionado y violento en su actitud, las ficciones legales han merecido juicios dispares. El reformador inglés afirmaba: “Las ficciones son falsedades, y el juez que inventa una ficción debería ser enviado a la cárcel.”⁹ Y todavía llegaba al extremo de decir: “En el derecho inglés la ficción es

5 *L'Esprit du Droit Romain dans les Diverses Phases de son Développement*, versión francesa de O. DE MEULENAERE, 3ª ed., París, MDCCCLXXXVI, t. I, p. 296.

6 *The Fictions of the Law: Have they Proved Useful or Detrimental to its Growth?*, por Oliver R. MITCHEL, “Harvard Law Review”, vol. VII, diciembre, núm. 5, pp. 249-265, en la p. 262. Por haber circunscrito este autor sus observaciones al derecho inglés, el carácter preponderantemente jurisprudencial de éste y el papel fundamental de los jueces en la evolución del derecho, fueron los únicos factores que tomó en cuenta para su definición. *Vid.*, sin embargo, *infra* nota 109 y la cita de Sir Henry SUMNER MAINE casi al final del texto y nota 107 *infra*.

7 *Op. cit. supra* nota inmediata anterior, p. 249.

8 Observa IHERING: “Cicerón reprocha a los juristas, gracias a los actos aparentes, el haber fraudulentamente eludido el antiguo derecho. (CICERÓN, *Pro Murena*, c. 12.) Este reproche es digna continuación al juicio que a Cicerón le merece el formalismo, la interpretación literal y las ficciones.) Es ésta una manera cómoda de despreciar la jurisprudencia a los ojos de las masas, y Cicerón no deja escapar la ocasión. El reproche, empero, no merece refutación seria.” *Op. cit. supra* nota 5, p. 281 y nota 442 al calce.

9 Cit. por MITCHELL, *op. cit. supra* nota 6, p. 250.

una sífilis que circula en cada vena y lleva a cada parte del sistema el principio de la podredumbre.”¹⁰

Por su parte, Blackstone era de esta otra opinión: “Y estas ficciones del derecho, aun cuando en un principio puedan sorprender al estudioso, descubrirá éste tras de ulterior consideración que han sido altamente benéficas y útiles, sobre todo en virtud de observarse la máxima, en forma invariable, de que ninguna ficción se extenderá a producir un daño, ya que su función propia es impedirlo o remediar los inconvenientes que pueden resultar de una regla jurídica general.”¹¹

Para estar en condiciones de valorar con imparcialidad una y otra posición, es indispensable el análisis previo de las ficciones legales y de la función técnica que han desempeñado en los sistemas jurídicos que las han producido, al menos en los dos objetos de nuestro estudio,¹² Entre las más destacadas del derecho romano se han mencionado las siguientes:

4. Ficciones en el derecho romano

a) *Mancipatio*. Apoyándose en Gayo, Jolowicz la describe así: Es una especie de venta simbólica (*imaginaria venditio*) para cuya celebración requiríanse dos partes (enajenante y adquirente), al menos cinco testigos que debían ser ciudadanos romanos púberes, un par de balanzas, otro ciudadano mayor de edad para sostenerlas (*libripens*) y una pieza de cobre (*aes*, también llamada *raudusculum*). La ceremonia consistía en que el adquirente tomaba la cosa por enajenarse, si era mueble, diciendo, en el caso por ejemplo de que se tratara de un esclavo: “Afirmo que este hombre es mío conforme al derecho quirritario, y que adquiero con esta pieza de cobre y estas balanzas” (*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*); entonces golpeaba las balanzas con la pieza de cobre y se la entregaba al enajenante “por vía de precio” (*quasi pretii loco*).¹³

10 *Id.* Otras apreciaciones semejantes pueden verse también en su ensayo *A Fragment on Government*, editado por Wilfrid HARRISON, Oxford, 1948, pp. 50 y ss.

11 *Commentaries on the Laws of England*, por Sir William BLACKSTONE, con notas de William DRAPER LEWIS, Philadelphia, Rees Welsh & Company, 1902, t. III, pp. 42 y ss.

12 Diversos ejemplos de actos aparentes y negocios indirectos se han señalado también en los derechos greco-egipcio, germánico y francés, que muchas veces tenían carácter ficticio. *Vid. La Simulación de los Negocios Jurídicos (Actos y Contratos)*, por Francisco FERRARA, trad. de la 5ª ed. por Rafael ATARD y Juan A. DE LA PUENTE, 2ª ed., “Revista de Derecho Privado”, Madrid, 1931, p. 108; *Il Negozio Indiretto*, en “Saggi Giuridici”, por Tullio ASCARELLI, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1949, pp. 156 y ss.

13 *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, por H. F. JOLOWICZ, “Cambridge at the University Press”, 1952, pp. 145 y ss.

Observa Sohm que esta venta solemne por medio del cobre y la balanza (*per aes et libram*) no fue afectada en su formalismo con la introducción de la moneda acuñada por parte de los decenviros, sino que continuó celebrándose según los principios incorporados en las XII Tablas, pese a que el pago implícito en la solemnidad era ya sólo ficticio (*mancipatio sestertio nummo uno*). De una auténtica venta habíase transformado en una venta puramente ficticia, con este doble resultado: a) la *mancipatio* se convirtió así en una forma de transmitir la propiedad para cualquier propósito, esto es, en un negocio “abstracto”,¹⁴ sin que se revelara el propósito subyacente; y b) permitió una serie de actos (*negotia bonae fidae*) basados en el crédito o la confianza, o sea las diversas clases de fiducia, señaladamente la “*fiducia cum amico contracta*”,¹⁵ la “*fiducia cum creditore contracta*”¹⁶ y la “*coemptio fiduciae causa*”.¹⁷

b) *In iure cessio*. Lo mismo que la *mancipatio*, a la cual con frecuencia servía de forma alterna —explica Jolowicz—, era una forma de transmitir

14 *The Institutes. A Text-Book of the History and System of Roman Private Law*, por Rudolph SOHM, traducido por James CRAWFORD LEDLIE, con una introducción de Erwin GRUEBER, 2ª ed., Oxford at the Clarendon Press, 1901, p. 65. *Vid. infra* nota 89 *in fine*.

15 Para Jolowicz, “*Fiducia* o *pactum fiduciae*, no es un contrato independiente sino un convenio subsidiario a una transmisión por mancipación o *in iure cessio*, que imponía un *trust* sobre el adquirente con respecto a la cosa transmitida, con mayor frecuencia un *trust* para la retransmisión de la cosa dentro de ciertas circunstancias. Así, si una persona consideraba, por alguna razón, que sus bienes estarían más seguros en manos de un amigo que en las suyas propias, podía transferirlos (por mancipación o *in iure cessio*) a su amigo, con una *fiducia* para la retransmisión al momento de pedírselo, o cuando el peligro temido hubiera desaparecido (*fiducia cum amico*). Mientras tanto, el amigo era técnicamente dueño y en ejercicio de todos los derechos inherentes, p. ej., la reivindicación de la cosa si perdía la posesión.” *Op. cit. supra* nota 13, pp. 298 y s.

16 Según Jolowicz, “Más importante, empero (que la *fiducia cum amico*), era la *fiducia cum creditore* — una variedad de la prenda. Conforme a ella, el deudor, a fin de garantizar su adeudo, transmitía un bien de su propiedad al acreedor con una *fiducia* para la retransmisión cuando se cubriera el adeudo... Este fue en todas las épocas un convenio sin solemnidad alguna, y esta circunstancia, así como la palabra *fiducia* (*fides*), señala una etapa que no era jurídicamente exigible, y en que el transmitente tenía que confiar en la buena fe de su amigo o acreedor. En tiempos de la República, sin embargo, no era ya esa la situación, y un *actio fiduciae* procedía contra el adquirente culpable de una violación a la confianza (*breach of trust*). *Op. cit. supra* nota 13, p. 299.

17 Conforme a la explicación de Jolowicz, “Para este objeto (el de que una mujer pudiese obtener un tutor diverso del que le disgustaba) se recurría a la *coemptio*, denominada *fiduciae causa* para distinguirla de la celebrada en ocasión de matrimonio. La mujer celebraba una *coemptio* con algún hombre —sin importar quién fuera— quedando así bajo su *manus* (potestad marital), y era luego mancipada por él a la persona que ella deseaba tener por tutor, la que a su vez (teniéndola *in mancipio*), la manumitía y se convertía así en su tutor, en la misma forma en que el hombre que manumitía a una esclava volvía tutor de ella.” *Op. cit. supra* nota 13, p. 250.

la propiedad que, como su nombre lo indica, se verificaba ante el magistrado. Y agrega: En tiempos clásicos, según la descripción de Gayo, las partes comparecían ante el magistrado del pueblo (el pretor urbano o peregrino en Roma, el gobernador en las provincias), y el adquirente, asiendo la cosa por transferirse, decía —si ella por ejemplo era un esclavo—: “Afirmo que este hombre es mío por derecho quiritarario” (*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*); el magistrado luego preguntaba al enajenante si tenía alguna pretensión contraria (*an contra vindicet*), a lo cual permanecía éste silencioso o contestaba en la negativa, y el magistrado entonces “adjudica” (*addicit*) la cosa al adquirente. Dicho procedimiento se describe, con toda probabilidad en forma correcta, como una especie de juicio colutorio: a fin de alcanzar el resultado deseado de transmitir la propiedad sobre una cosa, las partes pretenden que pertenece al adquirente, quien afirma que es suya, con la conformidad del enajenante y la sanción del magistrado. El procedimiento se inicia exactamente en forma igual a un litigio conforme al antiguo sistema de *legis actio*, en que también el demandante tiene que hacer esta *vindicatio*, o afirmación de propiedad.¹⁸

Este simulacro de un juicio reivindicatorio, según sabemos, se utilizó no sólo como un medio de adquirir la propiedad sobre cosas *mancipi* (fundos de tierra, servidumbres, esclavos, bestias de carga y tiro, etcétera, susceptibles de transmisión mediante *mancipatio*) y cosas *nec Mancipi* (animales menos valiosos, dinero, joyas, etcétera, transmisibles por *traditio*), sino además para obtener la manumisión, emancipación, adopción, tutela, asignación de herencia y creación de servidumbres.¹⁹

c) *Nexum*. Préstamo solemne que, como la *mancipatio*, se celebra también “*per aes es libram*”. Con la introducción de la moneda acuñada se convirtió asimismo en una mera formalidad.²⁰

d) *Acceptilatio*. El acreedor podía hacer remisión de deuda, esto es, comprometerse a no reclamar el pago a su deudor. Cuando ello se hacía en cualesquier términos o en forma tácita, sólo suministraba una excepción al deudor; pero la remisión hecha en términos solemnes constituía una *acceptilatio* y extinguía la deuda de pleno derecho. Consistía, como la *stipulatio*, en una interrogación seguida de una respuesta conforme a la pregunta, aun cuando era el deudor quien interrogaba: “¿Tienes por recibido lo que te debo?” (*quod ego tibi promisi habesme acceptum?*), a lo

18 *Op. cit. supra* nota 13, pp. 150 y s.

19 *Vid. SOHM, op. cit. supra* nota 14, pp. 58 y s. y nota 5, p. 59.

20 *SOHM, op. cit. supra* nota 14, pp. 52 y s.

que el deudor respondía: “*habeo*”. La *acceptilatio* era un pago ficticio (*imaginaria solutio*) que extinguía la deuda y sus accesorios de pleno derecho, pero que con frecuencia servía para hacer una liberalidad por vía de donación o legado, y en ocasiones se celebraba a título oneroso a efecto de obtener del deudor una ventaja equivalente.²¹

e) *Nexi liberatio*. Acto jurídico solemne para extinguir la obligación, derivada no sólo del *nexum*, sino de cualquier adeudo. Originalmente implicaba un auténtico pago “*per aes et libram*”, que se convirtió en ficticio al introducirse la moneda acuñada.²²

f) *Actio ficticia*. Con el sistema formulario que substituyó al de las *legis actiones*²³ se liberalizó de manera considerable el riguroso formalismo procesal. La fórmula era la instrucción en que se designaba al *iudex* o a varios *recuperatores* y representaba la conclusión del convenio conforme al cual la *litis* había de decidirse; podía constar de dos partes principales: la *intentio* y la *condemnatio*, y establecía la condición requerida para la condena. Su redacción esquemática disponía: si tú (*iudex*) estás persuadido

21 *Tratado Elemental de Derecho Romano*, por Eugene PETIT, traducido de la 9ª edición francesa por José FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Editorial Saturnino Calleja, Madrid, MCMXXVI, pp. 501 y ss.; SOHM, *op. cit. supra* nota 14, p. 451 y ss.

22 SOHM, *op. cit. supra* nota 14, pp. 450 y s.

23 Reproduciremos aquí lo que indicamos en nuestro artículo citado *supra* nota 4, parafraseando sobre todo la versión española en su parte conducente de la obra de SOHM, *Instituciones de Derecho Romano, Historia y Sistema*, 17ª edición corregida por L. MITTEIS y sacada a luz por L. WENGER, traducida por W. ROCES, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, pp. 593-613: “El régimen procesal del *ius civile*, las *legis actiones*, que se remonta a los albores mismos de Roma, era también privativo del ciudadano, y conserva rastros evidentes de su origen arbitral, cuando rige la justicia privada y el Estado no se arroga, como función exclusiva, la de administrar justicia. Si las partes determinan llevar su controversia al terreno jurídico, recurren a la decisión de un árbitro, y la intervención de la autoridad no tiene más alcance que obligarlas a la aceptación del laudo arbitral. — Como consecuencia de ese sistema, el procedimiento civil se desenvolvía en dos fases: *in iure* e *in iudicio*. Aquélla, para comprobar la exigibilidad del derecho alegado, conducía a la *litis contestatio*, formalización solemne del litigio por contrato sellado, en el cual quedaban precisadas las normas para el *iudicium*; en esta segunda fase, el *iudex* jurado, simple particular, admite el proceso a prueba y dicta sentencia. La función jurisdiccional se repartía así entre dos personas: el magistrado y el juez. El magistrado asiste únicamente a la etapa inicial, legitimada por su presencia, pero sin intervención activa, y allí se agota su función. — El procedimiento había adquirido en Roma un grado de inflexible formalismo, y las *legis actiones* consistían en cinco categorías fijas e inmutables: la *actio sacramenti*, forma general de enjuiciar; la *iudicis postulatio*, la *condictio*, la *manus iniectio* y la *ignoris capio*: las tres primeras para obtener el juicio, y como vías de ejecución las dos restantes. Las ritualidades de las acciones de la ley, cumplidas verbalmente ante el magistrado, entrañaban graves riesgos: no eran susceptibles de repetición ni corrección, y un error en las solemnidades acarrecaba la pérdida del proceso.” La descripción resumida en el texto, de la *actio ficticia*, está tomada de SOHM, *op. cit. supra* nota 14, pp. 273 y ss.

de que tal derecho existe, o de que tal o cual hecho es verdadero (*intentio*), condena al demandado (*condemnatio*); si no, absuélvelo (*si paret condemnata; si non peret, absolve*). La *actio ficta* del pretor es una *actio utilis* (con una *intentio* modificada para ser adaptada a nuevos casos) en que la modificación consiste en la inserción de una ficción, suponiendo realizadas las condiciones que serían necesarias para que se concediese la acción en derecho civil. Ejemplos de ello son la acción publiciana (reivindicación ficticia)²⁴ y las concedidas al *bonorum possessor*²⁵ y al *bonorum emptor*.²⁶

g) *Sponsio praeiudicialis*. El antiguo procedimiento de las acciones de la ley, al suministrar sólo un número estrictamente limitado de acciones para la promoción de litigios, en situaciones en que ninguna de ellas era procedente dejaba como única posibilidad el recurrir a la *sponsio* (*agere per sponsionem*), conforme a la cual una de las partes hacía la promesa solemne a la contraria consistente en que si el hecho o el derecho alegado por ésta era cierto, pagaría aquélla una suma de dinero. La promesa hacíase efectiva mediante la *actio sacramento in personam*, pero la suma respectiva jamás llegaba a cubrirse debido a que esa clase de *sponsio*, llamada "*sponsio praeiudicialis*", no tenía por objeto recobrar el dinero sino únicamente promover una acción.²⁷

24 Según la explicación de JOLOWICZ, "La *actio Publiciana* era aquella que se autorizaba conforme al edicto del pretor a la persona que, tras de poseer una cosa en circunstancias tales que llegaría a adquirirla por usucapión, perdía su posesión antes de transcurrido el plazo necesario para ello. El afectado no podía promover la *vindicatio* porque no era todavía dueño, pero el pretor favorecía la recuperación de la cosa frente a poseedores subsecuentes que carecían de mejor derecho, y le concede la *actio Publiciana*, cuya *formula* contiene la ficción de que el término de la usucapión ya se ha cumplido..." *Op. cit. supra* nota 13, p. 277.

25 Sólo para apoyar la referencia en el texto, ya que esta materia exigiría un tratamiento con la necesaria extensión, nos limitaremos a transcribir los siguientes párrafos tomados de la obra de СОИМ: "Así, en la época clásica, se reconocían dos clases de sucesión hereditaria: una persona podía tener, primero, un derecho de sucesión conforme al derecho civil (*hereditas*); segundo, un derecho de sucesión conforme al derecho pretorio (*bonorum possessio*)... Para el efecto de hacer efectivos los diversos derechos pertenecientes a la herencia, el *bonorum possessor* podía promover una *actio ficticia* (*fictio se herede*)..." *Op. cit. supra* nota 14, pp. 551 y s.

26 Siguiendo a PETIT, "La *bonorum venditio* es la venta en bloque de los bienes de un deudor insolvente en beneficio de sus acreedores. Al adquirente del patrimonio se le llama *bonorum emptor*... El *emptor bonorum*, adjudicatario del patrimonio, es un adquirente universal; pero sólo se hace propietario *ex iure quiritium* de las cosas corporales... porque no se trata aquí de una acción pretoriana... El pretor, para ponerle en posesión, le concede el *interdicto possessorium*... En cuanto a los acreedores y a las deudas, le fueron concedidas acciones útiles al *bonorum emptor*, o contra él, pero no las acciones directas, porque, según el derecho civil, no es sucesor. Si se trata de bienes de un difunto, la fórmula es redactada con ayuda de una ficción, *fictio se herede*, según el edicto del pretor Servio; de donde le viene el nombre de acción *serviana*..." *Op. cit. supra* nota 21, pp. 633 y s.

27 *Vid. SOHM, op. cit. supra* nota 14, p. 269.

h) *Lex Cornelia*, Conforme a la "*fictio legis Corneliae*," se presumía que el ciudadano romano que moría en el cautiverio no había sido hecho prisionero sino que había muerto en el momento de la captura, y así poder declarar válido el testamento otorgado con anterioridad.²⁸

Pasemos ahora al derecho inglés, que ofrece también una variedad considerable de ficciones legales, como podrá verse a continuación.

5. Ficciones en el derecho inglés

a) *Bill*²⁹ of *Middlesex*, *Writ*³⁰ of *Latitat*. Según lo indica Potter,³¹ el Tribunal del Banco del Rey (*King's Bench*) tenía jurisdicción en todos los casos (salvo en el de acciones reales) en que una persona estaba bajo la custodia del Alcalde de ese tribunal (*Marshall of the Marshalsea*). A efecto de asegurar la comparecencia del acusado ante dicho tribunal y de que otorgase fianza o caución en forma de considerarse estar bajo su custodia, se decretaba el *Bill* de *Middlesex* alegándose un allanamiento violento (*trespass vi et armis*), con base en la suposición de que el acusado residía en el Condado de Middlesex, lo que daba jurisdicción al tribunal; si no se encontraba él ahí (*non est inventus*), se dirigía un *writ* de *Latitat* al funcionario ejecutivo competente (*sheriff*) del condado en que aquél se ocultaba o al que había huído (*latitat et discurrit*).³² Una vez asegurada la presencia del acusado podía continuarse el procedimiento, y el pretexto o ficción del allanamiento ser substituido por el motivo real.³³

28 *Vid.* SOHM, *op. cit. supra* nota 14, p. 187. Como lo explica este autor, "Supongamos que el ciudadano romano en cuestión no regresa, sino que muere en el cautiverio. Al tiempo de su muerte es claro que no es ciudadano romano, sino un esclavo. Entonces, ¿el testamento que ha otorgado en su patria, antes de ser hecho prisionero, es o no nulo? Y, para dar un paso adelante, ya que un esclavo no puede tener herederos, ¿podrá o no tenerlos? Todas esas dificultades fueron solucionadas mediante la llamada '*fictio legis Corneliae*.'" *Op. et loc. cit.*

29 El vocablo *bill*, proveniente del anglo francés *bille*, del anglo latín *billa*, y del medieval *bullā*, reconoce diversas acepciones jurídicas, aunque la más general es la de "documento". En el caso concreto, se refiere a una particular vía procesal en acciones personales. *Vid.* *Webster's Dictionary*, *Black's Law Dictionary*, 4ª edición, West Publishing Co., St. Paul, 1944.

30 Del anglo sajón *writ*, *gewrit*, decreto real o judicial, bajo sello que ordenaba un acto o abstención. *Vid.* *Webster's Dictionary*, *Black's Law Dictionary*.

31 *An Historical Introduction to English Law and its Institutions*, por Harold POTTER, Swett & Maxwell, Limited, 3ª edición, Londres, p. 127 y s. Aunque excelente, esta obra es de carácter elemental. Una exposición de gran amplitud sobre la historia del derecho inglés en general, puede verse en la obra de Sir William HOLDSWORTH: *A History of English Law*, ditada por A. L. GOODHART y H. G. HANBURY, Methuen & Co., Ltd., Londres, 1925-1956, 6ª edición, en 14 tomos.

32 *Id.*

33 *Ibid.*

b) *Writ Quare Clausum Fregit*. Este *writ*, procedente en casos de allanamiento, fue utilizado en forma análoga al *Bill de Middlesex* y al *writ de Latitat*. Por referirse a ese acto ilícito gozaba de ciertas ventajas procesales y, a fin de aprovecharlas para otras acciones, se dictaba contra la parte responsable invocándose el motivo acostumbrado del allanamiento, pero seguido por una cláusula que comenzaba con las palabras "*ac etiam*" (y también), que expresaba el motivo real de la acción. Tan pronto se obtenía la comparecencia del demandado eliminábase el motivo ficticio.³⁴

c) *Writ of Quominus*. Explica el autor inglés antes citado³⁵ que, como toda administración de justicia medieval típica, no era tanto la deficiencia del derecho en Inglaterra, como la falta de un remedio jurídico adecuado, lo que originaba situaciones injustas. Ello determinó que el agraviado recurriera a aquellos tribunales que habían desarrollado los procedimientos mejor adaptados a sus necesidades, y siendo la Corona la que había elaborado un procedimiento eficaz para recuperar cantidades que se le adeudaban, los particulares trataron de aprovecharlo.³⁶ A tal fin, y quizá también con el de aplicar la jurisdicción de la Tesorería (*Exchequer*), se utilizó el *writ* de *Quominus* en que se alegaba que el demandante era deudor de la Corona y que en razón de la suma que a su vez le debía el deudor, no podía satisfacer su obligación fiscal. Desde el momento en que la falta de pago de ésta afectaba la renta pública, el litigio entre los dos particulares podía ventilarse ante la Tesorería, que suministraba vías legales más expeditas.³⁷

En un principio el alegato era auténtico y el autor estaba en condiciones de demostrar su adeudo fiscal, pero en el curso de los años se convirtió en una mera ficción que no podía controvertirse, y para fines del siglo xvi el *writ* se empleaba para otorgar a la Tesorería una competencia general que era propia del tribunal común de primera instancia (*Court of Common Pleas*).³⁸

d) *Writ on the case* referente a costumbres mercantiles. Con el propósito de resolver los problemas relativos a contratos celebrados en Ultramar, adoptóse la ficción de que lo habían sido en la Lonja Real (*Royal Exchange*) o en el barrio londinense de Cheapside, en que por supuesto ninguna cuestión sobre jurisdicción territorial podía suscitarse. El *writ* expresaba

34 *Id.* POTTER, *op. cit. supra* nota 31, p. 128.

35 POTTER, *op. cit. supra* nota 31, p. 116.

36 *Id.*

37 *Id.*

38 *Ibid.*

que el contrato o acto se había celebrado o realizado de conformidad con la costumbre mercantil del lugar de la celebración, por ejemplo en Marsella, y añadía luego “*apud St. Mary le Bow in Chepeside*” u otro sitio dentro de la jurisdicción de los tribunales del *common law*.³⁹ Asimismo, en el Tribunal de Almirantazgo se invocaba una razón semejante, aunque no siempre ficticia, en el sentido de que el acto se había realizado “*super altum mare*,” que data del siglo xv.⁴⁰

e) *Trover*. El derecho inglés admitía diversas situaciones fundadas en una falsa suposición de hecho con objeto de extender la esfera de aplicación de un remedio jurídico. Uno de los mejores ejemplos de tal ficción es la acción de *trover* (del antiguo francés *trover* encontrar), en que el actor alegaba que el demandado había “encontrado” una cosa de su propiedad y rehusaba devolverla. El argumento usualmente era falso, pero permitió que la mayoría de las controversias relativas a bienes muebles se plantearan mediante la acción de *trover*, pese a que las de *detinue*, *replevin* o *trespass*⁴¹ pudieran ser procedentes, y al mismo tiempo contribuyó al desarrollo de los principios generales aplicables a los varios actos ilícitos conocidos por “*conversión*”.⁴²

f) *Ejectment*. Aunque esta acción, como hace notar Potter,⁴³ acabó por constituir la vía específica para la recuperación de *freeholds*.⁴⁴ empezó

39 Vid. POTTER, *op. cit. supra* nota 31, p. 202.

40 POTTER, *op. cit. supra* nota 31, pp. 191, 193.

41 *Detinue*: acción para recuperar *in specie* bienes muebles de quien había adquirido su posesión lícitamente, pero que carecía de derecho para conservarlos, y concedía además daños y perjuicios por la retención; *replevin*: acción *ex delicto* que procedía para recobrar la posesión de bienes muebles adquiridos ilícitamente; *trespass*: acción para reclamar indemnización por daños y perjuicios causados por algún acto violento cometido contra una persona o sus bienes. Vid. E. M. MORGAN: *Introduction to the Study of Law*, Callaghan and Company, Chicago, 1926, pp. 67 y ss., 60 y ss., 73 y ss.; *Black's Law Dictionary*.

42 Vid. POTTER, *op. cit. supra* nota 31, pp. 397 y ss. En términos generales, *conversion* es el abuso de confianza en relación con bienes muebles. POTTER, *op. cit.*, p. 398.

43 *Op. cit. supra* nota 31, pp. 496 y ss.

44 Categoría fundamental dentro de la doctrina de los *estates*. “Hasta mediados del siglo XIII la palabra *estate* (del latín *status*) se usaba para describir la condición personal del terrateniente feudal, de tal manera ligada al derecho de propiedad, que de alguien se decía tener un *status* de ocupante vitalicio o de ocupante en *fee*, según la duración de su derecho. Los *estates* se clasifican por su *quantum* o duración, y así se distinguen los *estates* que representan una propiedad ilimitada de aquellos que están circunscritos para subsistir durante la vida del poseedor o por un período menor. La subdivisión básica separa los *freehold estates* de los *estates menos que freehold*; aquéllos comprenden el *fee simple*, expresión que denota propiedad absoluta del dueño de un inmueble.” Vid. del autor, *Tres Estudios sobre el Fideicomiso*, Imprenta Universitaria, México, 1954, pp. 90 y ss., y la bibliografía inglesa y norteamericana allí citada sobre el tema.

utilizándose para proteger *leaseholds estates*,⁴⁵ mismos que llegaron a adquirir fisonomía propia a través de la evolución de ciertas acciones entre las cuales el *writ of trespass de ejectione firmæ*⁴⁶ era el más importante. En su origen fue únicamente una acción para obtener daños y perjuicios resultantes de la privación de la posesión, pero ya a fines del siglo xv servía para la reivindicación, representando así la base de la acción de *ejectment* cuyo objetivo consistía en desahuciar del inmueble al poseedor sin derecho. El empleo general de esta acción durante los siglos xvi y xvii apoyábase en ficciones, y en esencia, el punto controvertido concernía a la validez del título del arrendador. En pocas palabras, el procedimiento descansaba en una serie de ficciones al efecto de que se había celebrado un arrendamiento, que el arrendatario había tomado posesión, y que había sido privado de ella, procedimiento que dio origen a la invención de los litigantes imaginarios *John Doe* y *Richard Roe*.⁴⁷

g) *Common Recovery, Fine*. A efecto de destruir las diversas formas ideadas con el fin de vincular la propiedad inmueble, tales como los mayrazgos y otras variedades, para la segunda mitad del siglo xvi se habían elaborado medios eficaces entre los cuales el más usual era el de "*to suffer a common recovery*." Conforme a la descripción de Cheshire,⁴⁸ tratábase en su origen de una acción colusoria que una persona (*demandant*) promovía contra el actual heredero en línea directa (*tenant in tail*) para recuperar la propiedad vinculada; el demandado no oponía excepciones, sino que, contra la verdad de los hechos, declaraba haber obtenido el inmueble mediante transmisión hecha por un sujeto X, quien, al tiempo de realizarla, había garantizado tanto a él como a sus herederos el saneamiento en caso de evicción. X, que en realidad era un cómplice de las partes, confesaba en

45 "Los *estates menos que freehold* comprenden las siguientes clases: *estates con duración fija*, susceptible de precisarse con anticipación (*estates for years*); *tenencias a voluntad* (*tenancies at will*), en las cuales la posesión subsiste al arbitrio de las partes; *tenencias por tolerancia* (*tenancies by sufferance*), que resultan de una posesión que ha sobrepasado su límite y continúan sin la conformidad del dueño. Los *estates menos que freehold* también reciben las denominaciones de *leasehold estates* o *interests* y *chattels real*." *Vid. op. cit. supra* nota inmediata anterior, p. 92.

46 Conforme a la descripción de POTTER, este *writ* "Aunque originalmente sólo representaba una acción por daños y perjuicios resultantes de la privación de la posesión, para fines del siglo xv se consideraba comprender la reivindicación de inmuebles, constituyendo así la base para la acción de *Ejectment*..." *Op. cit. supra* nota 31, pp. 496 y s.

47 *Vid. POTTER, op. et. loc. cit. supra* nota inmediata anterior. Dichos nombres vienen a ser, aproximadamente, los equivalentes de *Ticio, Maevio, Cayo*, etc., con la diferencia de utilizarse en documentos y procedimientos judiciales.

48 *The Modern Law of Real Property*, por G. C. CHESHIRE, Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 8ª edición, Londres 1958, pp. 167.

rebeldía su obligación desapareciendo de la localidad en que el tribunal ejercía jurisdicción, y éste dictaba sentencia en el sentido de que el factor recuperaba el inmueble vinculado, pero ya con las características de un *fee simple*,⁴⁹ y que el demandado tenía derecho a recibir un inmueble de X por igual valor.⁵⁰

En substancia —afirma Cheshire—, *fine* era una transmisión, y en su forma una acción. Consistía en una amigable composición o convenio de transacción que se celebraba con la anuencia del tribunal, por cuya virtud se aceptaba que el inmueble pertenecía a una de las partes; su nombre derivaba de la circunstancia de que ponía término (*finis*) a una acción, y uno de sus objetivos consistía en destruir un *state tail*⁵¹ mediante el pacto (*convenant*) del *tenant* respectivo a efecto de enajenar un *fee simple* a través de una demanda que confesaba, y con la autorización del tribunal redactábase el convenio en que se reconocía que el inmueble era propiedad del actor.⁵² “*Recoveries* y *finis* —agrega el autor citado—, que incluso en su origen eran acciones colusorias, en forma gradual llegaron a convertirse en totalmente ficticias.”⁵³

h) *Lease and Release*. Los notorios inconvenientes del “*feoffment with livery of seisin*”,⁵⁴ entre otros su publicidad, como observa Potter,⁵⁵

49 Como lo explica CHESHIRE, “El resultado de la acción colusoria consistía en hacer nugatorios los derechos tanto de los descendientes del heredero actual en línea directa como los de cualesquiera otras personas llamadas en caso de que dicho heredero no dejara descendientes. En efecto, si se hubiera recuperado de X un inmueble de igual valor (lo que nunca ocurría), éste vendría a ocupar el lugar del inmueble original vinculado, que se transmitiría en la forma preestablecida. Teóricamente esa sería la situación pero la consecuencia real, de hecho, era que los herederos debían contentarse con una sentencia que les concedía el derecho para recobrar el inmueble de un hombre de paja, y el tribunal no podía permitir que nadie discutiera que una simple sentencia para recuperar era en nada inferior a la recuperación efectiva. Por supuesto, ninguna de las declaraciones hechas en el curso del procedimiento podía controvertirse; después de dictarse la sentencia el demandante transmitía al actual heredero en línea directa, ya fuera el *fee simple*, o su valor.” *Op. cit. supra* nota inmediata anterior, pp. 167 y s.

50 *Id.*

51 “Los *freeholds estates* se subdividían en *estates de herencias* y *estates no de herencia*; los primeros podían transmitirse tanto a herederos en línea colateral como directa (*estates in fee simple*), o sólo a herederos en línea directa (*estates tail*).” *Vid. op. cit. supra* nota 44, pp. 91 y s., nota 12.

52 *Op. cit. supra* nota 48, p. 168.

53 *Id.*

54 “Hasta antes del siglo XVI el procedimiento jurídico para transmitir un *freehold estate* era el *feoffment with livery of seisin*, ceremonia solemne en que las partes, ante la presencia de testigos y a la vista de las tierras objeto de la transmisión, practicaban las ritualidades consagradas para ceder la posesión en forma efectiva. Con anterioridad a la *Ley de Fraudes* de 1677 no era necesario documento alguno para dar validez al *feoffment*. El derecho (*estate*) transmitido pasaba al cesionario (*feoffee*) exclusivamente por el *livery of seisin*; pero va arraigándose la costumbre

dieron lugar a la invención de otras formas para transmitir inmuebles, sobre todo la denominada "*lease and release*". De conformidad con el *common law* el propietario de un *freehold*⁵⁶ celebraba un arrendamiento con el futuro adquirente, quien hacía su entrada en el inmueble y poco después tomaba plena posesión, lo cual permitía que el *freeholder* transmitiera el *fee simple* sin necesidad de *livery of seisin*. La objeción a ese procedimiento residía en la ineludible necesidad de la toma de posesión, de ahí que fuera desplazado por el denominado "*Bargain and Sale of a Lease and Release*", al amparo de la Ley de Usos (*Statute of Uses*) de 1535,⁵⁷ más bien conocido por "*lease and release*".⁵⁸

En incompleta síntesis, dicha ley disponía que cuando una persona estuviera en posesión dominical (*seisin*)⁵⁹ de un inmueble para el uso o confianza de otra, ésta adquiriría la integridad del derecho y aquélla ya no tendría ninguno.⁶⁰ Con anterioridad, el Canciller había sostenido que si una persona había "*bargained and sold*", esto es, celebrado un contrato para enajenar un inmueble y recibido el precio, pero sin la realización de la ceremonia del *feoffment*, el enajenante continuaba en posesión, sólo que "para el uso" del adquirente. Después del año de 1535, si una persona había enajenado un bien raíz a otra mediante *bargain and sale*, el vendedor quedaba en posesión para el uso del comprador, y por efecto de la apli-

de que el cedente (*feoffor*) entregue un documento para probar la celebración de la ceremonia, así como la naturaleza del derecho transferido, y al correr del tiempo es el instrumento escrito y no el *feoffment* cuya existencia probaba, lo que viene a constituir la forma legal para transmitir la posesión." *Vid. op. cit. supra* nota 44, p. 93, nota 15.

55 *Op. cit. supra* nota 31, p. 507.

56 *Vid. supra* nota 44.

57 Acerca de esta ley se ha dicho que representa, tal vez, la contribución más trascendental realizada por el legislador al derecho privado inglés. *Vid.* del autor *El Fideicomiso. Teoría y Práctica*, Librería de Manuel Porrúa, S. A., México, 1958, pp. 33 y ss.

58 POTTER, *op. cit. supra* nota 31, pp. 507 y s.

59 En realidad, la palabra "posesión" no constituye una traducción por completo exacta de "*seisin*", ya que "*possession*" y "*seisin*" se distinguen entre sí en el *common law*, con base en diferencias sutiles que se remontan a la Edad Media. *Vid.* por ejemplo POTTER, *op. cit. supra* nota 31, pp. 501 y ss.

60 Aunque esa haya sido la intención original de Enrique VIII, la Ley de Usos no prohibió, estrictamente, los *uses* sino que, conforme al tecnicismo legal, los *ejecutó*. *Vid.* AUSTIN WAKEMAN SCOTT "*The Law of Trusts*", Little, Brown and Company, 2ª edición, Boston-Toronto, 1956, Tomo I, p. 19. Tan prolijo como inútil sería intentar una cita exhaustiva de autores, pero no hay prácticamente especialista inglés o norteamericano que no concuerde con esa afirmación. No es, por tanto, correcta la apreciación de ASCARELLI cuando se refiere a la "prohibición emanada" de dicha ley. *Vid. op. cit. supra* nota 12 *in fine*, pp. 176 y s. nota 77. El error fue reproducido por REMO FRANCESCHELLI: "*Il 'Trust' nel Diritto Inglese*", Cedam, Padua, 1935, p. 12.

cación de la Ley de Usos su derecho íntegro automáticamente pasaba a este último sin necesidad de *feoffment*.⁶¹

Sin embargo, semejante transmisión habría constituido una variedad de transmisión secreta, objetable por ley, por lo cual la Ley de Registros (*Statute of Enrolments*) del mismo año estableció su inscripción, lo que dio origen, quizá durante el reinado de Jacobo I (1603-25), a la técnica de *lease and release*, que funcionaba en esta forma: si una persona, A, tenía derechos sobre bienes *freehold* y celebraba (*bargained and sold*) un arrendamiento (*lease*) con B, quien cubría la renta por adelantado, se consideraba que A retenía sus derechos para el uso de B por la duración del arrendamiento (*term of years*), y la aplicación de la Ley de Usos resultaba en que los derechos de B se perfeccionaban sin necesidad de toma de posesión, contra lo que exigía el *common law*; el paso siguiente consistía en el otorgamiento de un simple documento de cesión de los derechos del arrendador, conocidos por reversión (*freehold reversion*),⁶² ya que aun cuando la posesión (*seisin*) permanecía en su patrimonio, la reversión se consideraba como un derecho incorporal (*incorporeal hereditament*) susceptible por ello de transmisión por simple documento. De ahí surgió la práctica de celebrar el arrendamiento durante el plazo de un año por una renta simbólica, y otorgar la cesión de la reversión (con la resultante confusión de derechos) un día después.⁶³

6. Clasificación de las ficciones

La relación que antecede de las ficciones legales conocidas en los derechos romano e inglés, muestra que aun cuando no existe equivalencia individual propiamente entre las diversas figuras de uno y otro, puede observarse no obstante cierta correspondencia general en los órdenes substantivo y procesal que, empero, no debe conducir a forzadas analogías.⁶⁴ Lo que ahora nos importa señalar es que ambos grupos de ficciones están integrados por instituciones de carácter heterogéneo que sólo tienen en común

61 *Ibid. supra* nota 54, POTTER, *op. cit. supra* nota 31, p. 508.

62 Derecho (*interest*) que queda como "residuo" en el propietario de un "*fee simple*" o en su causahabiente después de la transmisión de uno o más derechos de menor duración. La reversión no surge de una intención exteriorizada de las partes, sino de la ausencia de una manifestación de voluntad jurídicamente eficaz para transmitir la integridad de un derecho. *Ibid. op. cit. supra* nota 44, p. 95.

63 POTTER, *op. cit. supra* nota 31, p. 508.

64 BUCKLAND y MCNAIR expresan que los modos de adquirir en el derecho romano y el inglés son tan diferentes que es muy difícil compararlos. Ven cierta analogía entre "*in iure cessio*" y "*common recovery*", pero reconocen que la *mancipatio* carece de equivalente en el *common law*. *Ibid. op. cit. supra* nota 1, p. 110. Subsiste en las diversas figuras, no obstante, el factor de la ficción que les es común.

el elemento ficticio. Es preciso entonces acercarnos más a su naturaleza jurídica. Un primer esfuerzo en esa dirección se ha realizado al ensayar su clasificación con base en la finalidad perseguida.

En opinión de Potter,⁶⁵ las ficciones pueden agruparse en tres clases. Primera, las que fueron utilizadas para extender la jurisdicción de los tribunales; en su mayor parte, no actuaron en forma de ampliar el derecho, pero cuando los tribunales del *common law* admitieron la ficción de que un contrato celebrado en Marsella o en La Haya, o en algún otro lugar allende el litoral inglés, lo había sido en Cheapside, mucho influyeron para incorporar en el *common law* el derecho mercantil en conjunto.⁶⁶ Segunda, las ficciones que fueron elaboradas para evitar las arcaicas y engorrosas "formas de acción", entre las cuales la más completa fue la de *ejectment*. Tercera, aquellas ficciones conforme a las cuales se reconoció una falsa suposición de hecho a efecto de ensanchar el alcance de un remedio jurídico, y en que la acción de *trover* ofrece uno de los mejores ejemplos. El autor citado hace hincapié en la circunstancia de que estas ficciones eran alegaciones de hecho en el procedimiento judicial que, aun cuando pudiesen ser falsas, no podían negarse por la contraparte.⁶⁷

Una clasificación más completa que la anterior es la formulada por Mitchell, inspirándose en Best. Según aquél, "la ficción legal es un expediente para alcanzar un efecto jurídico deseado, o evitar uno indeseable," pudiéndose distinguir tres clases: 1ª La utilización de una o más leyes existentes de manera no prevista ni contemplada en un principio.⁶⁸ 2ª La

65 *Op. cit. supra* nota 31, p. 302.

66 En forma por demás sumaria y, por tanto, no muy exacta, la dicotomía entre el derecho civil y el mercantil que, como en Europa, existió en Inglaterra durante la Edad Media, desapareció en el siglo XVIII como resultado de una gradual absorción de la "*lex mercatoria*" por parte del *common law* a través de la jurisprudencia, y es a Lord Mansfield a quien se atribuye la influencia decisiva a ese respecto. La unidad del derecho privado inglés pasó a los Estados Unidos, y aun cuando haya desde luego ramas especializadas como en materia de sociedades, derecho marítimo, etcétera, sin embargo, no existe un orden jurídico separado aplicable a los comerciantes o a los actos de comercio, como ocurre en los países que mantienen la dualidad tradicional. Sobre este particular, la existencia del *Uniform Commercial Code* no debe desorientar, puesto que sólo constituye una codificación parcial y no establece un régimen de separación frente al *common law*. Aun cuando se refiere al "comerciante", no lo hace en forma de categoría jurídica sino pragmática, según puede verse del Artículo 2, sección 2-104, que dispone: "(1) Comerciante (*merchant*) significa una persona que trafica en artículos de cierta clase, o que de otra manera, por su ocupación, se ostenta como teniendo un conocimiento o pericia especial de las prácticas o artículos materia del contrato, o a quien puede atribuirse tal conocimiento o pericia en razón de su empleo de un representante o agente u otro intermediario, quien, por su ocupación, se ostenta como teniendo tal conocimiento o pericia."

67 *Op. cit. supra* nota 31, p. 302.

68 Puede verse aquí una analogía con el acto indirecto. *Vid. infra* texto y nota 88.

aseveración de que ciertos hechos existen o no, en contra de la verdad.
3ª Ficciones de relación.⁶⁹

Dentro de la primera clase, dicho autor señala como un obvio ejemplo la transmisión mediante *lease and release*. La segunda comprende un gran número de ficciones que, aun cuando poco importante por lo que se refiere al desarrollo del derecho, en razón de su notoria falsedad han adquirido una distinción que va más allá de sus merecimientos propios, como son la acción de *ejectment* y los *writs* de *Latitat* y *Quo minus*. La tercera clase la subdivide en cuatro especies: a) cuando el acto de una persona se considera realizado por otra. Ejemplo: el acto o posesión del dependiente, equivalente al acto o posesión del patrón; el acto delictuoso cometido por alguno en presencia de otros que le prestan ayuda, que se estima cometido por todos ellos. b) Cuando el acto realizado con respecto a una cosa se considera, por relación, efectuado con respecto a otra. Ejemplos: la tenencia de inmuebles transmitida por *livery of seisin*, o la hipoteca constituida mediante la entrega de las escrituras de propiedad. c) Relaciones de lugar. Ejemplo: el contrato celebrado a bordo de un navío, considerado por virtud de la ficción de relación, haberse otorgado en la Lonja Real. d) Ficciones en cuanto al tiempo. Ejemplos: *feoffment with livery of seisin* en que un *attornment* (subrogación reconocida de nuevo propietario) posterior surte efectos retroactivamente; el título de propiedad del albacea⁷⁰ en un intestado, que se retrotrae a la fecha de fallecimiento del *decurius*; la ratificación hecha por el mandante de un acto previo del mandatorio lo confirma por relación.⁷¹

Para Mitchell, empero, las ficciones legales no constituyen un género dentro del cual las diversas clases representan otras tantas especies, sino que las ficciones mismas son especies de una categoría mucho más amplia de figuras jurídicas que se hicieron necesarias por el carácter *no reconocido* de un poder legislativo ejercido por los jueces que, como consecuencia ineludible, exigía recurrir al principio de la ficción.⁷²

7. Distinción frente a las asimilaciones, presunciones y estoppel

A reserva de volver más adelante sobre el punto anterior, es aconsejable para deslindar el terreno, recurrir a un procedimiento eliminatorio. A

69 *Op. cit. supra* nota 6, p. 253.

70 Conforme al *common law*, al albacea (llamado *executor* cuando es nombrado por el *decurius*, o *administrator* en caso de intestado) pasan (*vest*), en general, los bienes de la sucesión para el solo efecto del cumplimiento de sus obligaciones. *Vid. CHESHIRE, op. cit. supra* nota 48, p. 669.

71 MITCHELL, *op. cit. supra* nota 6, pp. 253 y ss.

72 *Id.*, p. 261. *Vid. infra*, nota 109.

este respecto indica Ihering que las ficciones de que va a tratar, que denomina "históricas", representan una forma particular del progreso de la historia: ellas vinculan las relaciones nuevas a las instituciones antiguas; pero, agrega, hay otras dos clases de relaciones a las cuales se da el mismo nombre y que presentan frente a las ficciones una diferencia profunda, y plantea esta pregunta: ¿Se trata de una ficción cuando la *lex de arrogatione* asignaba al menor adoptado la posición de hijo natural? "Ciertamente que no —responde—, se trataba de una asimilación, y no toda asimilación es una ficción." Reconoce Ihering, no obstante, que una ficción puede contener una asimilación, como en los casos del *bonorum emptor* y del *bonorum possessor*.⁷³

Lo característico, a su juicio, es la forma en que la ficción ajusta la asimilación y el fin que persigue al hacerlo: en lugar de ampliar la regla de derecho de manera de hacerla abrazar la relación a la cual debe ser extendida, es esta relación, al contrario, la que está por fuerza encerrada en la regla; en la asimilación se trata de un reenvío, no de una ficción. Situación semejante, para Ihering es la que ofrece la ficción de la persona jurídica, en que la ficción no tiene por finalidad vincular al derecho anterior una regla jurídica nueva, sino que sólo tiende a facilitar una concepción de orden jurídico.⁷⁴

Después de la asimilación vendrían las presunciones y, peculiar al derecho angloamericano, el *estoppel*. Conforme al *common law*, que en este particular no disiente de nuestros principios.⁷⁵ las ficciones deben distinguirse de las presunciones legales: mediante aquéllas, algo que se sabe ser falso o irreal se reputa verdadero; por virtud de éstas, en cambio, se establece una inferencia que puede ser y quizá sea verdadera, pero que, en todo caso, el derecho no permitirá controvertir.⁷⁶ Se agrega que puede también afirmarse que una presunción es una regla jurídica prescrita con el objeto de alcanzar cierta conclusión, aunque arbitraria, cuando la cuestión de que se trata es intrínsecamente susceptible a la duda, lejanía, discrepancia o defecto de la prueba.⁷⁷

73 *Op. cit.* supra nota 5, p. 297.

74 *Id.* pp. 297 y s.

75 Pueden compararse, por ejemplo, y para no ir muy lejos en la investigación, las definiciones ofrecidas en los diversos diccionarios jurídicos, desde el de Escriche hasta las enciclopedias recientes.

76 Aparte de las presunciones *iuris et de iure*, el *common law*, desde luego reconoce las presunciones *iuris tantum*. *Vid. Black's Law Dictionary*. En materia de medios probatorios en el derecho angloamericano, en general, puede verse: "A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law", por JOHN HENRY WIGMORE, 3ª edición, Little, Brown and Company, Boston, 1940.

77 *Vid.* las referencias en la nota inmediata anterior.

Las ficciones deben igualmente distinguirse del *estoppel*,⁷⁸ que incorpora la regla según la cual una persona está impedida de afirmar un hecho, en razón de actos anteriores que lo contradigan, sea que provengan de ella misma o de sus representados, o de un fallo sobre sus derechos que no pueda rebatirse.⁷⁹

La existencia de las presunciones y asimilaciones como categorías jurídicas aparte nos autoriza a excluirlas de los dos grupos de ficciones descritos, y podemos en esa forma aliminar la "*fictio legis Corneliae*," la *bonorum emptio* y la *bonorum possessio*, en el derecho romano; el *Bill* de Middlesex, los *writs* de *Latitat*, *Quare Clausum Fregit*, *Quominus*, on the case referente a las costumbres mercantiles, y la acción de *trover*, en el derecho inglés, que tienen estrictamente carácter, ya de presunciones o de asimilaciones.

8. *Negocios aparentes e indirectos*

Procede ahora examinar los negocios aparentes y los indirectos. Poco o nada nos auxiliará en esta materia la doctrina angloamericana,⁸⁰ que ha permanecido ajena a la elaboración del negocio jurídico.⁸¹ Conforme a Ihering, la ley de la economía lógica es una de las leyes fundamentales de la técnica jurídica, verdad para todas las épocas de la jurisprudencia, y sólo su aplicación varía; por su parte, la economía jurídica explica los fenómenos que son resultado de la tendencia a forzar los medios existentes hasta sus límites extremos, el arte de ayudarse hábilmente con los medios de que se dispone.⁸² Distingue así dos grandes grupos que comprenden, de un lado, los medios simples, y de otro los medios artificiales, aun cuando reconoce que la distinción no tiene más que un valor relativo y la medida de lo que es simple o artificial es por demás arbitraria.⁸³ Llama "simple"

78 "La palabra 'estoppel' —observa EDER— tiene la misma raíz que la voz española 'estopa', y recuerda el dicho: "No bastan estopas para tapar tantas bocas." Vid. "*A Comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law*", por PHANOR J. EDER, New York University Press, 1950, p. 74.

79 *Ibid.*, las referencias en la nota 76 *supra*.

80 Cabe observar que la doctrina angloamericana es más que todo una sistematización de la jurisprudencia de los tribunales, a la que falta el elemento especulativo y teórico tan característico de lo que, para nosotros, se entiende por doctrina.

81 La situación incluso, se refleja en el hecho, por demás significativo, de que no existen en la terminología jurídica inglesa expresiones equivalentes a "acto" o "negocio jurídico". "*Act-in-the-law*" dista de ser satisfactoria. Vid. SCHULTZ, *op. cit. supra* nota 3, pp. 43 y s. Tampoco lo es la más reciente de "*legal*" o "*juridical transaction*."

82 *Op. cit. supra* nota 5, pp. 235 y s.

83 *Id.* p. 239. Sin embargo, expresa IHERING que ese inconveniente es de poca importancia, considerando que no se trata de establecer una distinción entre los principios, sino simplemente de agrupar la materia. *Op. et loc. cit.*

la aplicación de principios e instituciones jurídicas a un fin al que su destino primitivo las hacía extrañas, pero sin que estuvieran en contradicción con él; la aplicación es "artificial" cuando los principios e instituciones son desviados de su destino natural, de su sentido verdadero, del fin para el cual han sido creados, en una palabra, cuando son objeto de una extensión forzada.⁸⁴ Según Ihering, los medios artificiales que la jurisprudencia romana ha puesto en práctica en interés de la economía se dividen en tres clases: *los actos de construcción, los actos aparentes y las ficciones*,⁸⁵ y establece estas semejanzas y diferencias entre la ficción y el acto aparente:

"La ficción, propiamente dicha, corresponde al acto aparente. Con frecuencia, asimismo, para repetir una expresión de la que ya nos hemos servido, ella no es más que la *caput mortuum*. La misma causa le ha dado nacimiento, su manera de proceder es la misma. Lo que el acto aparente logra por el medio más complicado de un *acto*, la ficción lo realiza con mayor simplicidad mediante el pensamiento. Ambos se apoderan violentamente de la relación de que se trata para ponerla en el lecho de Procusto de los actos, de los principios y de las acciones judiciales ya existentes. La única diferencia que se puede señalar es que el acto aparente, en el sentido que le hemos reconocido, encontró su principal aplicación sobre todo en el comercio jurídico romano más que en el procedimiento, en tanto que este último era precisamente el campo en que se movía la ficción. El derecho inglés nos ofrece el mismo espectáculo."⁸⁶

En opinión de Ferrara: "Esta categoría general de negocios (negocios fiduciarios, fraudulentos, aparentes) podríamos denominarla *negocios oblicuos* o indirectos, en cuanto para alcanzar un efecto jurídico se sirven de una vía oblicua, de una callejuela, de un *Schleichweg*, como dicen los alemanes."⁸⁷ Con referencia a los actos aparentes, el mismo autor expresa:

"En todas las legislaciones primitivas, no evolucionadas, al formalismo rígido del derecho y las restricciones de los medios jurídicos acompañan

84 *Ibid.*

85 *Vid. infra* nota 109.

86 *Op. cit. supra* nota 5, pp. 299 y s.

87 *Op. cit. supra* nota 12, p. 117. Al describir la elaboración científica del negocio indirecto que hace remontar a IHERING, y que desenvuelven posteriormente ENNECERUS, KOHLER y RABEL, RUBINO afirma que "La primera intuición de esta figura en su aspecto meramente histórico puede remontarse a IHERING..." *Vid.* DOMENICO RUBINO: *El Negocio Jurídico Indirecto*, traducción de L. RODRÍGUEZ ARIAS, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 3 y ss. Sin embargo, el propio IHERING indicó: "Las ficciones han tenido, en estos últimos tiempos, la buena fortuna de ser objeto de un estudio especial", y además de citar a SAVIGNY, menciona algunos estudios especiales, que podrían revelar, como no sería remoto al tratar de las ficciones, algunas ideas sobre negocios indirectos y aparentes. *Vid. op. cit. supra* nota 5, p. 292 y s. y notas 460 y 461 al calce.

los actos aparentes, que por empleo, con fines distintos de los suyos propios, de las pocas formas típicas reconocidas por la ley, o por la combinación de las mismas, tratan de dar un desahogo a las nuevas necesidades y de rodear de protección las nuevas relaciones de la vida jurídica.

“A medida que un pueblo se desarrolla y sus relaciones se hacen más extensas y complicadas, el derecho, que permanece fijo e inmóvil, resulta pronto inadecuado para regular aquel conjunto de relaciones variadas. Se nota como un apartamiento entre el derecho y la vida, y mientras aquél opera con símbolos y formas solemnes, ésta se desenvuelve en la realidad y necesita una regulación jurídica más adecuada.

“Obsérvase, en efecto, el desarrollo completo de las instituciones jurídicas que, entre los romanos, se derivaron de las dos formas simples de la *mancipatio* y la *in iure cessio*.”⁸⁸

Según Cariota Ferrara “Hay un negocio indirecto todas las veces en las que para la consecución de un fin se hace uso de una vía oblicua, transversal, o sea no se toma la vía normal . . . Rigurosa y rectamente entendidos, negocios indirectos son aquellos negocios *típicos*, plegados, en los singulares casos concretos, a un fin diverso —mayor (apoderamiento con fin de donación) o menor (venta con fin de garantía)— diverso, decíamos,

88 *Id.*, p. 106. Los conceptos expuestos por FERRADA en el párrafo transcrito muestran semejanza considerable con las siguientes ideas de IHERING: “Nuestra atención se ha dirigido ya sobre los *actos aparentes* con ocasión de nuestro estudio del formalismo. Mas no hemos podido, hasta este momento, demostrar por completo la importancia que tienen para la historia del desarrollo del derecho. Vamos a completar este estudio desde el punto de vista de la técnica jurídica y a examinar esos actos como medios utilizados para alcanzar los fines de la economía jurídica. De las dos especies de actos aparentes de que hemos hablado, los *actos originarios* y los *actos residuales*, omitiremos los últimos. Están desprovistos ellos de toda importancia técnica, son las ramas muertas del derecho anterior; la fuerza de inercia de la historia, sola, ha podido mantener una apariencia de vida exterior. En todo lo que sigue, pues, nos servimos de la expresión *acto aparente* para designar los actos de la primera especie. . . Hemos dicho más arriba que los medios artificiales de la economía jurídica son aquellos que se extienden más allá de su alcance racional. Esta violencia es manifiesta en el acto aparente. Para lograr ciertos efectos contemplados se emplea otro acto o relación que alcanza el efecto deseado, sea como *fin*, sea como simple *consecuencia*, sea incluso como sanción. Pero lo cumple aprisionando únicamente tal efecto, aislado, desentendiéndose de los demás.” *Op. cit. supra* nota 5, pp. 272, 281 y s.

89 *El Negocio Jurídico*, por LUIGI CARIOTA FERRARA, Traducción, Prólogo y Notas de MANUEL ALBALADEJO, Aguilar, Madrid, 1956, p. 212. En la doctrina italiana predomina la tendencia de hacer de la “causa” el eje alrededor del cual gira el concepto, no sólo del negocio indirecto, sino del fiduciario y del negocio jurídico en general. (CARIOTA FERRARA, *op. cit.* pp. 200, 486 y ss.); entre numerosos autores bastará citar: PAOLO GRECO: “*Le società di 'comodo' e il negozio indiretto*”, Rivista del Diritto Commerciale, Vol. xxx (1932), Parte Prima, p. 772; ALESSANDRO GRAZIANI: “*Negozi indiretti e negozi fiduciari*”, misma publicación, Vol. xxxi (1933), p. 416; CESARE GRASSETTI: “*Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*”, misma publicación, Vol. xxxiv (1936), pp. 362 y s. No hay necesidad de abordar “el atormentado problema de la causa”, según lo

del que es la *causa*⁸⁹ del negocio. Por tanto, es necesario para que haya negocio indirecto: a) un negocio causal típico realmente querido; b) la persecución (a través del mismo) de un fin ulterior y diverso (motivo), que se refleja en pactos o cláusulas particulares.”⁹⁰ Además, para dicho autor, “Conviene advertir que suelen llamarse negocios o actos ‘aparentes’ negocios realmente queridos que constituyen una subespecie de los indi-

califica con razón CARIOTA FERRARA, como tampoco tomar partido en la polémica interminable entre “causalistas” y “anticausalistas”, para advertir que la tesis italiana (que tiene antecedentes germánicos) es incapaz de explicar satisfactoriamente el fenómeno histórico de los negocios indirectos. En efecto, la “causa” no fue requisito impuesto por el derecho romano; tampoco lo fue ni lo es en el derecho inglés (la *consideration* no constituye su equivalente), y la misma situación existe en diversos sistemas modernos. Aún más, la “causa”, en el mejor de los casos, habría sido elemento de contrato, pero no del “negocio”, categorías que no son sinónimas, y algunos de los ejemplos en los derechos romano e inglés ni siquiera se podrían denominar “negocios”, sino que eran modos de adquirir. Bastará invocar una opinión que no puede ser ni más sólida ni más imparcial. BUCKLAND y MCNAIR afirman lo siguiente: “Ninguno de los sistemas modernos basados en el derecho romano tiene teoría alguna de “*consideration*”, y el *Burgerliches Gesetzbuch* alemán, ordenamiento sumamente elástico en que los derechos romano y germánico están mezclados, no incorpora nada de esa especie. Pero algunos otros sistemas tienen un principio que en algo se asemeja a la “*consideration*”, denominado “causa”, que se supone proviene del derecho romano, en que la prueba del concepto de “causa” como requisito es doble. Existe un texto, que podrá no ser clásico, pero que ciertamente aparece en el *Corpus Juris*, que dispone que ‘cum nulla subest causa praeter conventionem’ es un *nudum pactum*, es decir, no exigible jurídicamente. Este texto, al menos, sugiere que el contrato necesitaba de *causa*, igual que de consentimiento. Además, hay textos que prescriben que un convenio es nulo o anulable si descansa en un *causa* ilícita o inexistente. Los textos del primer grupo han sido aquellos principalmente utilizados para demostrar la necesidad de la *causa*, pero, aunque parezcan explícitos, carecen de valor para el propósito. La dificultad básica encarada al utilizar esos textos para apoyar el dogma de la *causa*, es que había cuatro contratos que obligaban por el simple consentimiento, de modo que es imposible encontrar una *causa praeter conventionem*. Se han hecho algunas tentativas para superar la dificultad, pero el hecho es que esos contratos no encajarán en el concepto.” *Op. cit. supra* nota 1, p. 223. Examinan después dichos autores otros textos en que figura la palabra “causa”, pero los juzgan tan poco convincentes como los anteriores, y hacen hincapié en la vaguedad del término, agregando: “Los abogados medievales hicieron del principio de *causa* la base de su sistema de contratos, y de ellos el principio ha pasado al derecho continental moderno, no en Alemania, pero sí en Francia, en Italia, y en otros países. Pero el concepto no es susceptible de manejo adecuado y desde hace mucho fue observado por Bonfante que es el problema más discutido e ‘indescifrable’ de la doctrina jurídica moderna, el campo de batalla para lucubraciones metafísicas y psicología jurídica... Nuestra única preocupación con la cuestión es la de expresar que no debe apoyarse realmente en el derecho romano, según aparece en los textos.” *Op. cit.*, pp. 225 y s. La supresión del elemento “causa” no es lesiva para la caracterización del negocio indirecto, pues basta la referencia al cambio forzado del fin típico en el negocio empleado. Las transcripciones y consideraciones anteriores hacen inútil la referencia especial al llamado “negocio abstracto”, por definición negativamente basado en la idea de “causa”.

⁹⁰ *Op. cit. supra* nota 89, p. 212. Si los negocios indirectos constituyen o no una categoría dogmática, punto muy discutido por los autores italianos, carece de consecuencias para nuestro objeto.

rectos, en el ámbito de los cuales se distinguen, porque se fundan en una particular tradición histórica y encuentran normalmente realización a través de juicio.”⁹¹

Ferrara llega a estas conclusiones: “Los negocios fiduciarios⁹² persiguen un fin económico *fuera* de la ley. Los negocios fraudulentos persiguen un fin económico *contra* la ley. Los negocios aparentes, en su génesis histórica, han sido, ya lo unos, ya los otros; pero al hacerse usuales en el comercio y al ser tolerados y reconocidos por la jurisprudencia, se han elevado a la categoría de figuras jurídicas. Representan formas muertas, momificadas, de negocios fiduciarios o *in fraudem*.”⁹³ Estas apreciaciones, y la afirmación hecha por Cariota Ferrara de que “Igualmente se denominan aparentes los negocios simulados, especialmente con simulación relativa (en lo que se contraponen a los disimulados). Esta diversidad de significado del mismo término pueden llevar a engaño”,⁹⁴ obligan a una referencia, así sea breve, a los negocios simulados y en fraude a la ley.

9. *Negocios simulados y en fraude a la ley*

Ha sido Ferrara, en su magistral investigación, casi exhaustiva, quien mejor que nadie ha caracterizado estas dos categorías. Con tanta o mayor justificación que en el caso de transcripciones literales anteriores, se impone aquí la cita textual de su pensamiento, pues cualquier paráfrasis que de

91 *Id.*, nota 215, p. 443. Igualmente es general en la doctrina italiana, aunque sería innecesario y prolijo apoyar la afirmación, el considerar que los negocios o actos aparentes constituyen una subespecie de los indirectos. La posición no puede ser correcta en términos absolutos, considerando la existencia de actos aparentes “directos”. ASCARELLI estima que el negocio fiduciario constituye un ejemplo de negocio indirecto. *Vid. op. cit. supra* nota 12 *in fine*, p. 155. La afirmación es demasiado general para ser exacta, y así podemos ver que el primitivo *use* (negocio fiduciario por no estar tutelado jurídicamente) antecedente del *trust*, podía ser tanto un negocio directo o indirecto, mejor dicho, con fin indirecto (según la corrección propuesta por el propio ASCARELLI). La segunda hipótesis puede verse en su empleo como forma indirecta de testar, prohibida por la ley. *Vid. CHESHIRE, op. cit. supra* nota 48, pp. 47 y ss. Gran parte de la incomprensión acerca de *uses* y *trusts* deriva de que no se ha hecho suficiente hincapié en que se trataba de negocios “nuevos”, originalmente fiduciarios, que podían ser directos e indirectos y, sobre todo, en fraude a la ley, como lo indica correctamente ASCARELLI, *op. cit.* pp. 176 y s. nota 77 al calce.

92 No debe, sin embargo, atribuirse a FERRARA el error en que incurren FRANCESCHELLI y sus seguidores de que el *trust* es un negocio fiduciario. FERRARA se limitó a indicar: “El fideicomiso del Derecho romano —con el cual se buscaba el medio de que la herencia llegara a un incapaz de heredar— tenía una función parecida, y si primero quedó reducido a un deber moral del instituido, luego se transformó en un deber jurídico. No tienen diversa naturaleza las instituciones y donaciones fiduciarias del Derecho moderno.”² *Op. cit. supra* nota 12, p. 87. En la nota (2) al calce indicaba FERRARA: “Véase en el derecho inglés la institución análoga de los *trusts*...”

93 *Op. cit.*, p. 117.

94 *Op. cit. supra* nota 89, en la nota 215 p. 443.

él pudiéramos hacer restaría vigor a la expresión original. Conforme a ella, "Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que, aparentemente, es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto.⁹⁵ Ese negocio, pues, está destinado a provocar una ilusión en el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando, en verdad, o no se realizó o se realizó otro negocio diferente del expresado en el contrato.⁹⁶

"Los requisitos del negocio simulado son, por tanto, los tres siguientes: 1º Una declaración deliberadamente disconforme con la intención. 2º Concertada de acuerdo entre las partes. 3º Para engañar a terceras personas.

"Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo."⁹⁷

Por lo que se refiere a los negocios en fraude a la ley, Ferrara afirma lo que a continuación se transcribe:

"Otra figura que debe distinguirse de la simulación es el *fraus legis*. También aquí se da una gran confusión que persiste aún en la jurisprudencia, apegada tenazmente a antiguos errores . . .

"Necesitamos elevarnos al concepto del fraude. Hay un punto en que están conformes todos los escritores, y es que el fraude constituye una violación indirecta de la ley, no según su contenido literal, sino según su es-

95 Véase aquí la justificación de la afirmación de CARIOTA FERRARA en el texto, en cuanto a una posible confusión entre negocios aparentes y negocios simulados, sobre todo con simulación relativa.

96 FERRARA realiza en su obra un magnífico análisis, detallado y perspicaz, de las simulaciones absoluta y relativa. En la imposibilidad de dedicarle el espacio que merece, nos contentaremos con esta transcripción: "La simulación, como hemos advertido ya, presenta distintas formas: o se disimula la existencia del negocio, o su naturaleza, o las personas de los contratantes. 1º Las partes se proponen producir la apariencia del acto que no quieren realmente. El acto es inexistente, fictificio, ilusorio. Se tiene sólo una mera apariencia, una vana sombra, un cuerpo sin alma, según la expresión de Baldo (*simulación absoluta*). 2º Las partes realizan un acto real, aunque distinto de aquel que aparece exteriormente. El acto está escondido, celado, velado. Existe una ocultación de un negocio verdadero bajo una forma mentida (*simulación relativa*). 3º Las partes realizan un acto real y ponen de manifiesto su naturaleza; sólo quieren engañar acerca de la persona del verdadero contratante. En el negocio figura un sujeto distinto del interesado, un titular fingido, un testafarro (*interposición*)". *Op. cit. supra* nota 12, p. 66. Reiteramos la observación contenida en la nota anterior, particularmente por lo que se refiere a expresiones tales como "apariencia del acto", "acto ficticio".

97 *Op. cit. supra* nota 12, pp. 60 y s., 74.

píritu. El que defrauda no contradice las palabras de la ley; al contrario, se atiene respetuosamente a su letra, pero, en realidad, va contra el sentido de la disposición, viene a frustrar el fin a que tendía el principio jurídico . . . Junto a la transgresión brutal de la ley está el eludirla inteligente y refinadamente, para conseguir el fin prohibido por una vía indirecta.”⁹⁸

La encuesta llevada a cabo por Ferrara se condensa como sigue, en sus propias palabras:

“El resultado de las precedentes investigaciones es el siguiente: el negocio simulado quiere producir una apariencia; el negocio fraudulento, una realidad; los negocios simulados son ficticios, no queridos; los negocios *in fraudem* son serios, reales, y realizados en tal forma por las partes para conseguir un resultado prohibido: la simulación nunca es un medio para eludir la ley, sino para ocultar su violación. La transgresión del contenido verbal e inmediato de la norma se encubre bajo el manto de un negocio lícito, lo cual no altera el carácter del *contra legem agere*.”⁹⁹

10. Aplicaciones de las categorías anteriores a las ficciones legales y función de éstas

Si aplicamos ahora las distinciones formuladas en líneas anteriores a las figuras restantes en los derechos romano e inglés, llegamos a estos resultados: actos o negocios estrictamente aparentes,¹⁰⁰ que quizá fuera preferible denominar “simbólicos”,¹⁰¹ serían el *nexum* y la *nexum liberatio*; actos o negocios aparentes, que eran además indirectos,¹⁰² serían la *mancipatio* (que comprendía también negocios fiduciarios), *in iure cessio* y *acceptilatio*; ficciones, en el sentido atribuido por Ihering,¹⁰³ la *actio ficticia* y la *sponsio praeiudicialis*. *Lease and release*¹⁰⁴ vendrían a constituir un acto aparente e indirecto, en tanto que *ejectment*, *common recovery* y *fine* serían ficciones.¹⁰⁵

Llegamos así, a fin de estar en aptitud de valorar las ficciones legales

98 *Id.* p. 95.

99 *Ibid.*, p. 105. *Vid supra* nota 91 y Conclusiones, segundo párrafo.

100 En el sentido de una forma inerte, sin substancia, de una especie de cascarón que ha quedado como reminiscencia de otros tiempos. Serían los “actos residuales” de que habla IHERING. *Vid supra* nota 88.

101 Expresión que, entre otros, emplea ASCARELLI. *Vid. op. cit. supra* nota 12 *in fine*, p. 152, nota 5 al calce. El *nexum*, particularmente, no evolucionó como negocio indirecto.

102 *Vid supra* en el texto las diversas funciones que desempeñaban.

103 O sea, restringiendo la expresión al orden procesal, lo que de seguro es arbitrario.

104 *Vid supra* en el texto, su función primordial.

105 También en el sentido propuesto por IHERING.

en su perspectiva histórica, a la misión que han desempeñado en la técnica jurídica. La autoridad de dos autores consagrados nos eximirá de cualquier argumento adicional. Ihering explica esa misión en estos términos:

“Ella (la ficción) facilita, pues, el progreso y lo hace posible en una época en que las fuerzas hacían aún falta a la ciencia para dar al problema su verdadera solución. Sin las ficciones, muchas innovaciones plenas de importancia del derecho romano no se habrían probablemente producido sino hasta mucho más tarde. Es fácil de proclamar que las ficciones no son más que expedientes, compararlas a las muletas que la ciencia debería rechazar. Nada más verdadero si la ciencia pudiera avanzar sin recurrir a ellas; empero, preferible es que la ciencia marche con la ayuda de esas muletas que sucumbir sin ese apoyo, o no atreverse a arriesgar un solo movimiento. No ha sido el azar el que ha suministrado esas muletas a la ciencia; ella se ha armado a sí misma, instintivamente, al dar sus primeros pasos.”¹⁰⁶

Y a juicio de Sir Henry Summer Maine:

“Puede ofrecerse una proposición general de algún valor con respecto a los agentes por virtud de los cuales el derecho es puesto en armonía con la sociedad. Dichos instrumentos me parecen ser en número de tres: las Ficciones Legales, la Equidad y la Legislación. Su precedencia histórica es en el orden en que las he colocado . . .¹⁰⁷ Empleo la palabra ‘ficción’ en un sentido considerablemente más amplio en que los abogados ingleses están acostumbrados a usarla, y con un significado mucho más extenso que el que correspondía a las ‘ficciones’ romanas . . . Sino que ahora utilizo la expresión ‘ficción legal’ para significar una suposición que oculta, o pretende ocultar, el hecho de que una regla jurídica ha sufrido alteración, su letra permaneciendo sin modificarse, su aplicación habiéndolo sido . . . No es difícil entender por qué las ficciones, en todas sus formas, se avienen especialmente con una sociedad en su infancia. Ellas satisfacen el deseo de mejoramiento, que no falta por completo, al mismo tiempo que no ofenden el supersticioso disgusto por el cambio, que está siempre presente . . . En etapas determinadas del progreso social han sido expedientes valiosos para superar la rigidez del derecho . . . No debemos, por tanto, sentirnos impresionados por el ridículo con que Bentham cubre las ficciones legales siempre que tropieza con ellas. Vilipendiarlas como si constituyeran un

¹⁰⁶ *Op. cit. supra* nota 5, p. 296.

¹⁰⁷ Ese orden de precedencia histórica, precisamente, ha sido rechazado a la luz del derecho romano. *Ud.* MAX RADIN: “*Handbook of Roman Law*”, West Publishing Co., St. Paul, 1927, p. 32.

mero fraude es exhibir ignorancia acerca de su función peculiar en el desarrollo histórico del derecho.”¹⁰⁸

Hay que destacar, por último, la decisiva influencia que la *interpretatio*¹⁰⁹ desempeñó en la creación de las ficciones legales romanas e inglesas. Y una semejanza final cierra la sugestiva analogía entre unas y otras, o sea su extinción oficial por acto del legislador, en tiempos de Justiniano,¹¹⁰ y en el curso de las reformas del siglo XIX,¹¹¹ respectivamente.

108 “*Ancient Law*” por Sir HENRY SUMNER MAINE, con una introducción de Sir CARLETON ALLEN, Oxford University Press, 1954, pp. 20 y ss.

109 A este respecto expresa SOHM: “La legislación decenvital, habiéndose consumado, las energías de las tres centurias siguientes se concentraron en la tarea de elaborar a fondo su contenido. Durante la República, los cambios legislativos en materia de derecho privado fueron excepcionales, y la función de interpretar y, al mismo tiempo, desenvolver las leyes de las XII Tablas, se dejó, en lo esencial, a la actividad de los órganos legales existentes. El periodo de legislación fue seguido por el periodo de interpretación... Estando completa la legislación decenvital, había llegado el momento para una “interpretatio” que debía desenvolver y aún alterar la ley, pero, al mismo tiempo, dejar su letra intacta. El periodo de interpretación comprende los últimos siglos de la República. Desde el principio, la labor de interpretar la ley, esto es, de continuar en su etapa inicial, el desarrollo del *ius civile*, fue desarrollada por los pontífices. Se consideraba como deber profesional especial de los pontífices preservar el conocimiento de las leyes de los Reyes. A consecuencia más particularmente del conocimiento que así poseían y también de su conocimiento científico general, su cargo les llevó a auxiliar con su consejo jurídico no sólo a los magistrados, sino también a los particulares con respecto a las providencias que debían adoptarse al celebrar contratos y promover juicios. Ocurrió así que la función de interpretar la ley vigente y, en esa forma, desenvolver el derecho civil, cayó bajo el dominio de los pontífices. Fue por medio de tal interpretación que la llamada ‘*in iure cessio*’ fue elaborada... Entre todos los cambios, el más importante fue la transformación que sufrió la *mancipatio* en el curso del siglo que siguió a las XII Tablas...” *Op. cit. supra* nota 14, pp. 56 y ss. Vid también JOLOWICZ, *op. cit. supra* nota 13, pp. 86 y ss. VINCENZO ARANGIO-RUIZ: “*Storia del Diritto Romano*”, 7ª edición, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1957, pp. 58, 121 y ss. Es de interés también por la descripción de IHERING acerca de cómo el pretor, sin cambiar las antiguas fórmulas, las adaptó a las nuevas circunstancias mediante las ficciones. *Op. cit. supra* nota 5, p. 294. Por cuanto al derecho inglés, véase lo dicho por MITCHEL en el texto *supra* acerca de la interpretación judicial. En vista de lo anterior, parecería aconsejable revisar las ideas de FERRARA (*op. cit. supra* nota 12 *in fine*, p. 83) y otros autores acerca del verdadero papel de la autonomía de la voluntad en la creación, por ejemplo, de los negocios fiduciarios, no de los llamados “modernos”, sino en su realidad histórica y de preferencia en los derechos romano e inglés. En este último, a primera vista, parecería que esa autonomía hubiese tenido un alcance mayor, pero aun ahí, la cooperación (si es que no complicidad) de las autoridades resultaría también indispensable.

110 Al respecto comenta IHERING: “Su destino (de la ficción) ulterior fue el acto aparente: se extingue lentamente. Se empieza por no sentir más su necesidad, se acaba por no comprenderla más. Descubriendo algunas trazas aún, se indigna (Justiniano) que la Antigüedad haya recurrido a tales procedimientos, y los extirpa radicalmente.” *Op. cit. supra* nota 5, p. 300.

111 Limitándonos a un par de ejemplos, por virtud de la *Real Property Limitation Act* de 1833, prácticamente todas las acciones reales fueron abolidas, y la acción de *ejectment* era la única procedente para la reivindicación de inmuebles, hasta que a su vez fue abolida por la *Judicature Act* de 1873. La *Fines and Recoveries Act* de 1833 suprimió tales procedimientos ficticios.

La somera investigación anterior permite proponer las siguientes

CONCLUSIONES

Las ficciones legales surgen de preferencia en los sistemas de sociedades conservadoras y tradicionales que sienten un profundo respeto por las formas y solemnidades jurídicas, de ahí que los ejemplos más variados e interesantes sean los ofrecidos por el derecho romano y el inglés. Lejos de ser creaciones puramente arbitrarias o capichosas, las ficciones legales desempeñan la importante función de constituir un puente inicial de transición pacífica, evitando así rupturas violentas o revolucionarias.

Examinadas más de cerca, las ficciones legales comprenden figuras disímolas tales como las asimilaciones y presunciones, los actos o negocios aparentes, indirectos y fiduciarios, que se distinguen de los simulados y en fraude a la ley por el sello oficial de aprobación que por lo general reciben, derivado quizá de que su carácter no es tan claramente antisocial ni el perjuicio a tercero tan notorio. Las categorías de los actos o negocios aparentes e indirectos, de modo mucho más perceptible que la de los fiduciarios, no han recibido todavía una acabada y definitiva configuración científica, lo que se refleja en una considerable división doctrinaria, así como el recurso a soluciones y elementos carentes de vigencia histórica absoluta, tales como el concepto de "causa".

Aun cuando las manifestaciones concretas de las ficciones legales en los derechos romano e inglés hayan perdido actualidad, no por ello hay que relegarlas al desván olvidado de las curiosidades jurídicas, ya que su estudio es antecedente muy valioso para una mejor comprensión de nuevos actos o negocios aparentes, indirectos y fiduciarios, que el fenómeno de la "inercia" jurídica casi fatalmente obliga a elaborar al cumplirse determinados ciclos evolutivos.

Rodolfo BATIZA

Titular de la Cátedra de Estudios Jurídicos Iberoamericanos y Director Asociado del Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tulane