

José Manuel Delgado Ocando

Doctor en Derecho. Ex Rector de La Universidad del Zulia
Magistrado de la Sala Constitucional
del Tribunal Supremo de Justicia
de la República Bolivariana de Venezuela



FICCIONES Y PRESUNCIONES EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos N°4
Caracas / Venezuela / 2001

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las ideas expresadas por el autor

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección de Estudios Jurídicos N° 4
Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:
ISBN:
Deposito Legal lf:
ISBN:

José Manuel Delgado Ocando

**Doctor en Derecho. Ex Rector de La Universidad del Zulia
Magistrado de la Sala Constitucional
del Tribunal Supremo de Justicia
de la República Bolivariana de Venezuela**

**FICCIONES Y PRESUNCIONES
EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO**

4

**Colección de Estudios Jurídicos
Tribunal Supremo de Justicia
Caracas / Venezuela / 2001**

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Iván Rincón Urdaneta
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero
Vicepresidente de la Sala
Dr. José M. Delgado Ocando
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rondón Haaz

SALA ELECTORAL

Dr. Alberto Martini Urdaneta
Presidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Hernández Uzcátegui

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Rafael Pérez Perdomo
Presidente de la Sala
Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
Vicepresidente de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León

SALA POLÍTICOADMINISTRATIVA

Dr. Levis Ignacio Zerpa
Presidente de la Sala
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Vicepresidente de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Franklin Arrieche Gutiérrez
Primer Vicepresidente del Tribunal y Presidente de la Sala
Dr. Carlos Oberto Vélez
Vicepresidente de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Segundo Vicepresidente del Tribunal y Presidente de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Valbuena Cordero

ÍNDICE GENERAL

Palabras preliminares	IX
Advertencia sobre esta segunda edición	XIII

I

LA TÉCNICA JURÍDICA

1. La técnica jurídica: Técnica y actuación técnica. 2. Técnica fundamental y arte de legislar (légiférer). 3. Algunas consideraciones críticas a la tesis de G. Rippert	1
---	---

II

LA ABSTRACCIÓN

1. La abstracción. 2. Los conceptos normativos como categorías . 3. Categorías y estructuras. 4. Estructura y función. 5. La idea de sistema. Sentido normativo y sentido ontológico de la idea de sistema. 6. Construcción y abstracción	11
---	----

III LA ASIMILACIÓN

1. La asimilación. Elementos estructurales y funcionales de la construcción categorial. 2. Asimilación y función **fabuladora** del lenguaje. 3. Asimilación e igualación. 4. Asimilación y construcción. 5. La idea de despliegue de la virtualidad extensiva de las **categorías** normativas 25

IV LA SUBSUNCIÓN

1. El problema de la subsunción. 2. Determinación actual de la extensión de la **categoría** normativa en el proceso de aplicación de la norma. 3. La reconducción a la abstracción a través de los procesos de asimilación y subsunción..... 41

V LA FICCIÓN

1. La ficción como asimilación. 2. La ficción como igualación. 3. La ficción como empleo conscientemente inexacto de **categorías** en vigor. 4. La ficción es una operación intelectual derivada. 5. La ficción obedece a una necesidad interna. 6. La ficción es una técnica limitadora. 7. La ficción tiene carácter pragmático. 8. Ficciones legales, jurisprudenciales, negociales y doctrinales 61

VI
LA PRESUNCIÓN

1. Presunción y subsunción. 2. Presunción e inducción. 3. La presunción como relación semiótica. 4. La presunción y el objeto de la prueba. 5. Presunciones y carga de la prueba. 6. Clases de presunciones. 7. Algunas reglas de aplicación de las presunciones. 8. Fuentes, dominio de aplicación y posición sistemática de las presunciones legales .. 97

Índice de los artículos del Código Civil Venezolano, relativos a Ficciones y Presunciones citados en la obra..... 137

Índice Analítico 143

Índice Bibliográfico 147

Índice Onomástico 151



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
PRESIDENCIA

Palabras Preliminares

El inicio de la vigencia de la Constitución de 1999 amplió las funciones del Tribunal Supremo de Justicia al ubicarlo en el último escalón de la instancia jurisdiccional, por un lado, y, por el otro, encomendarle la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial. Las últimas funciones mencionadas lo obligaron a asumir una posición activa para mejorar su funcionamiento, razón por la cual, a través de la Fundación Gaceta Forense, ha impulsado la divulgación de obras jurídicas.

La primera –el volumen I del Manual de Derecho Administrativo del para la fecha Magistrado José Peña Solís– dio comienzo a la Colección de Estudios Jurídicos y tuvo, como era de esperarse por la importancia de su contenido y la calidad de su autor, gran éxito. La edición se agotó en cuatro meses y está en circulación la primera reimpresión. Este título fue seguido por Bases Jurisprudenciales de la Supra-constitucionalidad, con proemio del Magistrado José M. Delgado Ocando, y Estudios sobre Casación Civil del Doctor Ramón Escovar León.

Hoy entregamos a la comunidad jurídica la segunda edición, revisada y corregida por su autor, el Magistrado José Manuel Delgado Ocando, de Ficciones y Presunciones en el Código Civil Venezolano. Su primera edición –publicada bajo los auspicios de La Universidad del Zulia (LUZ), Facultad de Derecho, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho– data de 1974, aun cuando sus tesis principales han sido difundidas por el Centro de Investigaciones Lógicas (Reino de Bélgica) y por la Enciclopedia Omeba, Tomo V, Apéndice.

Es un ensayo –como su nombre lo indica– sobre Ficciones y Presunciones en el Código Civil Venezolano que, además de aspectos de carácter civilista, presenta otros propios de la Teoría General del Derecho debido a la importancia integradora, de la ficción, y hermenéutica, de la presunción. Las técnicas de estos procedimientos muestran algunas de las características fundamentales del pensamiento jurídico en relación con la seguridad jurídica que, en el fondo, es la base del derecho como sistema normativo regulador del comportamiento social.

La ficción busca resolver algunos de los problemas que el orden jurídico no ha podido prever cualquiera sea la razón (social, política o económica), sin que la solución lograda aparezca como incongruente con los principios que conforman el sistema. La presunción, por su parte, completa la técnica probatoria en términos de subsunción o interpretación, bajo la discrecionalidad que tiende al examen y verificación de los supuestos de hecho jurídicamente relevantes.

De este modo, por una vía o por otra (integración, ficción; o interpretación, presunción y, en general, teoría de la prueba), el pensamiento jurídico conforma un todo orgánico que no acepta verdaderamente novedades (*Nihil novum sub sole*), sino acomodaciones o asimilaciones de relaciones jurídicas inéditas –no previstas explícitamente– a marcos conceptuales, todo en orden a rendir tributo a la técnica fundamental y a la seguridad jurídica.

La obra que entregamos a la comunidad jurídica trata de mostrar, en síntesis, con la ayuda de una metodología interdisciplinaria, que el derecho es un saber riguroso y que, con razón, se lo ha tenido como una especie de “lógica” de las ciencias normativas. Ojalá que su presentación contribuya a enseñar que la dogmática jurídica es inseparable de la teoría del derecho y que tal limitación obliga al jurista a superar las limitaciones del estilo dogmático.

Iván Rincón Urdaneta

Advertencia sobre esta segunda edición

He preparado esta segunda edición del libro que hoy se ofrece a la stampa sin cambiar ni agregar nada a lo que se dijo en la primera. Apenas se han hecho algunos retoques para adaptar el análisis a la reforma del Código Civil Venezolano de 1982. Por eso, algunas instituciones como el mandato doméstico o la legitimidad originaria del hijo nacido durante el matrimonio han sido excluidas. Por lo demás, el texto, especialmente el relativo a la ficción, se basa en la comunicación hecha el 5 de mayo de 1973 al Centre National de Recherches de Logique de Bruselas, dirigido por Ch. Perelman, y P. Foriers. Quiero rendir homenaje, ahora, sobre todo, a la memoria del primero, figura insigne de la teoría de la argumentación y maestro de la filosofía del derecho contemporánea.

J.M.D.O.

I

LA TÉCNICA JURÍDICA

1. LA TÉCNICA JURÍDICA: TÉCNICA Y ACTUACIÓN TÉCNICA

El Derecho es una disciplina práctica. Su objeto es el estudio de las relaciones sociales intersubjetivas dentro de un contexto normativo obligatorio. Desde un punto de vista descriptivo, el Derecho sistematiza los criterios de valoración de dichas relaciones; desde un punto de vista práctico, el Derecho elabora estos mismos criterios. Pero aun en este último sentido, el papel del Derecho comprende una fase descriptiva y una fase práctica. La fase descriptiva es la técnica como *sistema de reglas técnicas*; la fase práctica es la técnica como actuación técnica. La *actuación técnica* es la elaboración de las normas obligatorias; la *Técnica* es la disciplina que gobierna teleológicamente dicha elaboración. Sólo en el saber **practognótico** estas dos fases aparecen indiferenciadas; y aunque la diferenciación entre saber y hacer es abstracta, el progreso técnico se funda en la posibilidad de considerar, en forma autónoma, las reglas que gobiernan la actuación técnica.

2. TÉCNICA FUNDAMENTAL Y ARTE DE LEGISLAR (LÉGIFÉRER)

Ripert alude implícitamente a esta diferencia básica cuando distingue entre Técnica fundamental y arte de legislar (G. Ripert, **Les Forces Créatrices du Droit**, Paris, L. G. de D. et de J. 1955, pp. 307 y sgtes.). Por técnica fundamental entiende Ripert la determinación o precisión de las condiciones bajo las cuales debe nacer la regla de derecho. La viabilidad de la regla de derecho, es decir, su vigencia, depende del cumplimiento de estas condiciones, las cuales imponen al poder límites infranqueables (Gény). El carácter intersubjetivo de la conducta regulada, la determinación de los destinatarios de la regla de derecho, la generalidad de la ley, la permanencia de la regla, la obligatoriedad y la coherencia del orden jurídico, la no retroactividad de las leyes, son algunas de las condiciones fundamentales de la creación de las normas. Los principios jurídicos, como veremos luego, son también condiciones del nacimiento de las reglas. Su formulación es, sin embargo, tópica, lo cual explica que su alcance sea, a menudo, ideológico, y dependiente, por tanto, de nuestra concepción del derecho. Reinach cree que tales principios son leyes esenciales. Que la promesa se extinga por su cumplimiento, que la transmisión de un derecho de crédito exija el concurso del deudor, que las garantías reales de un derecho personal sean derechos de disposición virtuales cuya realización depende del incumplimiento del obligado, que la transmisión de un derecho real, como derecho de disposición actual, no requiera la intervención de terceros, serían leyes derivadas de la esencia misma de la relación regulada. El descubrimiento de los prin-

principios permite la elaboración de teorías y sistemas, de los cuales las reglas creadas por el poder competente no son, a menudo, más que aplicaciones. Así, según Ripert, la adquisición o la extinción de los derechos y acciones por el transcurso del tiempo es un principio exigido por la seguridad jurídica, pero la prescripción decenal de las acciones personales (Art. 1977 del Código Civil venezolano) es una regla de derecho. El hecho de que los principios jurídicos sean abstracciones de una experiencia social axiológica parece excluir la posibilidad de una legalidad esencial a priori. Ello explica que la venta de la cosa ajena sea válida bajo determinadas condiciones, a pesar de que nadie puede conferir más derechos que los que tiene; que el matrimonio putativo produzca efectos respecto del hijo y del cónyuge inocente, a pesar del principio de que lo nulo no puede producir ningún efecto; o que, pese a este mismo principio, la sociedad nula valga como sociedad de hecho. Según Ripert, los medios de que se vale el jurista para eludir la aplicación de los principios racionales son, entre otros, la ficción y las presunciones. El carácter tópico de los principios jurídicos se muestra en las soluciones que el jurista ofrece cuando la absolutidad de una teoría conduce a un resultado irrazonable o no equitativo. El enriquecimiento sin causa o la cláusula **rebus sic stantibus** sacrifican el principio **pacta sunt servanda** para no admitir la lesión; la doctrina del abuso de derecho corrige las consecuencias lesivas del ejercicio irrazonable de un derecho por el titular; el valor de la apariencia, basado en razones de certeza y de protección a la buena fe, se emplea para juridizar situaciones de hecho (Ripert, p. 334). El arte de legislar (**légiférer**) consiste en establecer la ley positiva en forma tal que su aplicación resulte conveniente y segura.

“El texto –dice Ripert– debe ser redactado de modo que represente la voluntad del legislador y que sea conocido y aceptado por sus destinatarios”. En la elaboración de las leyes debe distinguirse la técnica formal apta para expresar, en términos precisos, el sentido de la prescripción, y la técnica legislativa como proceso de formación de las leyes (legislación). La primera comporta no sólo la expresión clara y precisa de lo prescrito sino también la implantación de la nueva ley en el orden jurídico existente (Ripert). Se trata de una exigencia sistemática que, de ser satisfecha, obvia los inconvenientes derivados de las antinomias. La coherencia exigida por el arte de legislar tiene, incluso, un sentido estético. “Maurice Hauriou ha descrito la belleza de un campo jurídico diseñado como un jardín a la francesa, en el que los jurisconsultos y hombres de ciencia puedan pasearse sin riesgos de accidentes graves. Cada ley es una vía pública bien pavimentada sobre la cual se puede caminar con seguridad”. “Es necesario que la vía nueva no venga a cortar y a hacer impracticables las rutas ya establecidas” (Ripert, p. 348). En ningún caso se muestra más proficua la excelencia de esta técnica que cuando la implantación plantea una inconsistencia o antinomia de principios. Ripert dice que la implantación conserva la armonía del sistema a través de procedimientos técnicos (ficciones y presunciones) que disimulan la violación de los principios. Así “la ficción permite presentar como legítimo al hijo natural legitimado o al niño adoptado en caso de legitimación adoptiva. El matrimonio nulo es considerado válido a título de matrimonio putativo, a pesar del principio racional de la retroactividad de la nulidad. El hijo nacido dentro de los seis primeros meses del matrimonio es legítimo, a pesar del cálculo legal del tiem-

po del embarazo. Un mueble puede ser considerado inmueble. Una prenda puede ser constituida sin desposesión del deudor por la ficción de que éste la detenta para el acreedor. La presunción, por su parte, es utilizada para la aplicación de una regla jurídica más allá de su dominio racional. Ello explica que el marido de la madre sea siempre considerado como el padre del niño nacido de ésta, excepto en los casos en que la denegación de la paternidad está autorizada; que el poseedor de un mueble sea tenido como propietario al presumirse la transmisión regular del bien; que el padre sea considerado como culpable de una falta de vigilancia cuando el hijo ha causado un daño; que el guardián de la cosa inanimada sea responsable del daño ocasionado por ésta” (Ripert, pp. 351/ 353). La técnica legislativa comprende, a más del procedimiento constitucional de la formación de las leyes, la intervención paralegislativa de los expertos. El derecho se hace, por esta vía, cada vez más complicado y esotérico, y plantea, al arte de legislar, tareas urgentes que rebasan las exigencias de un orden puramente armónico y exento de contradicciones internas (H. Henkel).

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA TESIS DE G. RIPERT

Ripert parece concebir la técnica jurídica como un procedimiento destinado a crear normas de carácter general, permanente y obligatorio, las cuales imponen a sus destinatarios la ejecución de un acto útil o la abstención de un acto perjudicial. El análisis de la Técnica, tal como la propone Ripert, es en principio correcto; pero la identificación de la técnica jurídica con la técnica legislativa no. El error consiste en considerar la generalidad y permanencia como característi-

cas esenciales de la norma jurídica y, consecuentemente, en ignorar la existencia de las normas individualizadas. Kelsen ha demostrado que el derecho regula su propia creación y aplicación. “El orden jurídico es un sistema de normas generales y de normas individuales que se encuentran relacionadas las unas con las otras de manera tal que la creación de cada una de las normas pertenecientes a este sistema es regulada por otra norma del sistema, y, en última instancia, por su norma fundamental” (**Reine Rechtslehre, Wien**, Franz Deuticke, 1960 p. 239). El resultado de la tesis de Ripert es el no reconocimiento de la existencia de una técnica administrativa o jurisprudencial capaz de crear el derecho en sus respectivos niveles, y la creencia de que la creación de las normas por el poder judicial o administrativo es una simple aplicación de la ley. Es evidente que, al considerar la actividad de los jueces y de los agentes administrativos como una prolongación de la técnica legislativa, se escamotea el verdadero sentido de dicha actividad, así como la naturaleza misma del proceso de “nacimiento de las leyes”. “No existe—dice Ripert— más derecho positivo que el establecido por el Poder bajo la forma de ley o de un acto equivalente. El poder de interpretación del juez consiste simplemente en despejar netamente el sentido del texto y, en consecuencia, en precisar la regla. Poner una nueva supondría un poder de creación que el juez no tiene” (Ripert, *ibíd.* p. 385). La estrechez de la tesis de Ripert resulta, sobre todo, en lo relativo a las ficciones y presunciones. En efecto, éstas son consideradas por el maestro francés en tanto que medios de implantación de una ley dentro del derecho existente, cuando la implantación implica una violación de los principios establecidos. Es claro que las ficciones y presunciones son

medios utilizados por el legislador para crear las leyes. ¿Pero significa esto que tales medios están excluidos de la técnica judicial, administrativa o doctrinaria? Es evidente que no. Luego veremos que hay ficciones legales, jurisprudenciales, negociales y doctrinales, y que la presunción, aparte de ser un medio de prueba, es un, [expediente de interpretación y creación del ordenamiento jurídico (En contra de esta tesis, sostenida por F. Géný **Science et Technique en Droit Privé Positif**, III, Paris, Sirey, 1930, pp. 420 y sgtes], R. Decottignies, [**Les Présomptions en Droit Privé**, Paris, L. G. de D. et J., 1950, p. 17], sostiene que la ficción es un procedimiento de técnica legislativa, es decir, que no hay ficción sin texto legal [Cf. Merlin y Laurent, cit. por F. Géný, ibíd. p. 426]). La concepción positivista, al identificar derecho y ley, tropieza con dificultades insalvables para describir correctamente el proceso de creación y aplicación de las normas jurídicas. Tales dificultades proceden de ciertos principios ideológicos consagrados por las Constituciones liberal-democráticas, según las cuales, por ejemplo, el poder legislativo es el poder de crear las normas. Poco importa que se atribuya a los tribunales un poder propio (Ripert, p. 386), pues la separación entre creación y aplicación del derecho reduce la actividad del poder administrativo a una simple interpretación y aplicación del derecho establecido. Por esto, la teoría tradicional concibe la sentencia y la decisión administrativa como derecho declarado conforme a la ley. La teoría moderna, en cambio, reconoce resueltamente el carácter constitutivo de la actividad judicial y administrativa. “Contrariamente a lo que se admite... –dice Kelsen– las decisiones jurisdiccionales no tienen un carácter puramente declarativo. No es verdad que la función del tribunal sea

sólo encontrar y enunciar un derecho preestablecido, cuya creación esté absolutamente concluida... Incluso las normas individuales que estatuyen una sanción no son creadas sino por decisiones jurisdiccionales, las cuales no estaban en vigor anteriormente. Si la doctrina tradicional –agrega Kelsen– no ha advertido que la decisión jurisdiccional no es más que la continuación del proceso de creación del derecho, y si ella ha caído en el error de atribuir a esta decisión un carácter simplemente declarativo, ello se debe a que dicha doctrina ha permanecido ligada al prejuicio de que el derecho se compone sólo de normas generales, y ha ignorado la idea de la norma jurídica individual” (Kelsen, op. cit. pp. 243 y 244, edición alemana; pp. 319 y 320, edición francesa). El mismo Ripert admite que la fuerza y el valor de la jurisprudencia no pueden ser discutidos. Aun aceptando que la ley es la única fuente del derecho, es claro que ella no llega a regir la conducta de los ciudadanos sino a través de la autoridad encargada de aplicarla. La siguiente cita de Ripert sobre un texto de Hébraud, ilustra la concesión que la doctrina tradicional debe hacer a la tesis moderna: “La regla de derecho es un medio de dirigir la vida jurídica; pero ésta resulta de la actividad de los individuos y de la de las diversas autoridades encargadas de aplicar la ley” (Ripert, op. cit. p. 387). Finalmente, creemos necesario decir algo en relación con el carácter constitutivo de la doctrina. Hemos dicho que en el saber **practognótico** la técnica y la actuación técnicas aparecen indiferenciadas. La espontaneidad del saber primitivo del campesino, por ejemplo, encubre la dimensión técnica de su actuación técnica. Las reglas incipientes que gobiernan su actuación están de tal modo soldadas en su hacer que no hay lugar para una meditación

autónoma sobre su saber. El saber **practognótico** es, por eso, un caso epistemológico límite. Pero del lado del saber, el caso límite aparece igualmente. En la doctrina, la reflexividad del saber del jurista carece de la dimensión vinculante de la actuación técnica, aunque ofrezca modelos de regulación de la conducta interferida. El modelo es ofrecido al órgano para su implantación y, en tal sentido, la doctrina tiene un carácter potencialmente constitutivo, como todas las técnicas. La razón por la cual la doctrina no es, **stricto sensu**, fuente del derecho, es que ella es pura y simplemente técnica y no actuación técnica. Saber **practognótico** y conocimiento técnico son dos modalidades límites del saber hacer, en las cuales el hacer y el saber prescinden, en forma recíproca y abstracta, de su nivel esencial (epistemológico y/o pragmático). Si esto es así, la tesis de Ripert que circunscribe el problema de las ficciones y presunciones al campo del arte de legislar tiene que ser rechazada.

II LA ABSTRACCIÓN

1. LA ABSTRACCIÓN:

La abstracción es un procedimiento intelectual que permite aislar o separar mentalmente el sentido (propiedades, cualidades) de las relaciones sociales. Es característico de la abstracción practicada por las ciencias normativas que las propiedades o cualidades abstraídas no sean propiedades o cualidades de objetos sino de relaciones (Vid. J. Piaget, **Le Structuralisme**, Paris, P.U.F. 1972, p. 18). Hart ha señalado con claridad que las reglas jurídicas son análogas a las reglas de los juegos. Estas reglas están referidas a la conducta de los jugadores en la misma forma en que las reglas jurídicas se refieren a quienes participan en la relación regulada por el derecho. Hay en el juego de béisbol, por ejemplo, reglas que prohíben, bajo sanción, ciertos tipos de conducta (v. gr. irrespetar o agredir al árbitro, infringir las reglas de terreno). Algunas reglas definen la jurisdicción y la competencia de las autoridades del juego (umpires). Otras definen lo que debe ser hecho a fin de obtener ciertos resultados o cómo debe ser interpretada la acción de los jugadores durante el desarrollo del juego (v. gr. **hit**, carrera, error). (Vid. H.L.A. Hart, **The Concept of Law**, Oxford, At the

Clarendon Press, 1961, p. 238). Esta manera de entender la naturaleza de los conceptos normativos ha permitido superar el vicio sustancialista de las teorías tradicionales. Ya no se busca ningún referente fáctico al cual correspondan las nociones de persona, derecho subjetivo o relación jurídica, sino que tales nociones son concebidas en términos relacionales o funcionales.¹ Ahora bien, las relaciones jurídicas son hechos de cultura. Cuando las propiedades o cualidades de estas relaciones son abstraídas, el proceso de abstracción requiere una neutralidad específica, a saber, la neutralidad en el análisis de un hecho con sentido axiológico. El neokantismo de Baden ha visto, con sagacidad penetrante, que el hecho de cultura sólo puede ser comprendido en función de criterios axiológicos que constituyen, ontológicamente, esa misma realidad. La epistemología neokantiana de Baden ha planteado la aporía de *describir comprensivamente* el hecho de cultura, es decir, de comprender el sentido de lo normativo no como un absoluto axiológico, fundado a priori, sino como un “reenvío a un conjunto de criterios estimativos que tienen valor de función y que dependen de la ciencia, en la medida en que son productos o resultados de la abstracción de la experiencia cultural” (Vid. **La Philosophie**, Tome 2, Paris, *Centre de Etude et de Promotion de la Lecture*, Gérard & Co.; **Les Dictionnaires Marabout Université**, Savoir Moderne, 1972, p. 480).

¹ “L’analyse critique du langage commence par rejeter la portée “ontologique” du verbe être et celle d’autres termes, tels que Esprit, conscience, moi nature, etc. Elle leur enlève un privilège que leur accordaient la philosophie traditionnelle (métaphysique) et aussi les idéologies. Le mot “est”? Il ne comporte pas de droit l’attribution d’une qualité ou propriété à un “être”. Il formule la jonction d’un sens ou d’une signification et d’un objet” (H. Lefebvre, **Le langage et la société**, Paris, Gallimard, 1966, p. 31; cf. Marx, **Oeuvres Choiesies**, 2, Gallimard, Paris, 1966, p. 71.)A

2. LOS CONCEPTOS NORMATIVOS COMO CATEGORÍAS

Pero los conceptos normativos resultantes de la abstracción de las relaciones jurídicas, aparte de ser conceptos relacionales o funcionales, son conceptos operativos o pragmáticos. En tal sentido sería preferible utilizar el término *categoria* o *tipo* en vez del término concepto (Vid. infra, VI, 2.). El término *categoria* designa a los conceptos o clases que sirven para ordenar una serie de ideas o de hechos (Vid. **La Philosophie** cit. Tome I, p. 57). En forma análoga a las leyes físicas, (Vid. W. Heisenberg, **La Nature dans la physique contemporaine**, Paris, Gallimard, 1962, p. 120), las categorías aíslan el hecho jurídicamente relevante del contexto social en el que aparece, lo identifican y determinan sus cualidades. Esta tarea no es puramente descriptiva. Tanto en la abstracción como en la identificación y determinación de las cualidades del hecho jurídico, el jurista **construye**, desde la realidad cultural del hecho, el sentido que resulta de la aplicación del concepto normativo. Engisch limita el carácter **constructivo** del concepto normativo a los casos en que se necesita una valoración para aplicar el concepto. “Mediante criterios descriptivos —dice Engisch— es posible comprobar si alguien es casado o menor de edad; por el contrario, sólo sobre la base de una valoración lo es decidir si una convicción es deshonestas, o un motivo vil, o un escrito inmoral, o una representación blasfema (K. Engisch, **Introducción al pensamiento jurídico**, Madrid, Guadarrama, 1967, trad. de Ernesto Garzón Valdés, p. 143). La distinción no parece estar muy bien fundada si se observa, como el mismo Engisch lo admite (ibíd. p. 142), que los conceptos normativos, a más de tener un contenido valo-

rativo, poseen características descriptivas ya que “los presupuestos de su aplicación están descritos en forma bastante exacta” (ibíd. p. 143). El grado de exactitud de la determinación de los presupuestos no puede, sin embargo, disimular el hecho de que los conceptos normativos “apuntan a datos que no son simplemente perceptibles o experimentables, sino sólo imaginados y *comprendidos* en conexión con el mundo de las normas”. Incluso los conceptos de connotación descriptiva **stricto sensu** como persona, muerte y oscuridad, tienen una referencia ineludible al valor, y no pueden ser comprendidos más que dentro del contexto normativo en el cual se fija su contenido y alcance (ibíd.). La operatividad de las categorías jurídicas significa que su extensión es pragmática. Hay una extensión dialéctica y virtual de los conceptos normativos cuyo despliegue es obra de la interpretación. Determinar el sentido de los términos de una ley, por ejemplo, es precisar, a través de juicios valorativos, “la relación del contenido y del alcance de cada concepto jurídico con las específicas ideas valorativas de carácter jurídico” (Engisch, op. cit. p. 142) o, como dice, Perelman (**Le Fait et le Droit. Etudes de Logique Juridique**, Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 275) establecer “si un elemento hace parte o no de la extensión de un concepto”. La determinación de la extensión de la *categoría* jurídica es una construcción que versa sobre las posibilidades de ordenación de los hechos contenidos en la *categoría*. El alcance de esta virtualidad de la extensión se fija, según veremos ahora, dentro de un sistema articulado de estructuras.

3. CATEGORÍAS Y ESTRUCTURAS:

Hemos visto que los conceptos normativos son categorías referidas a relaciones sociales en forma operativa o pragmá-

tica. Las relaciones sociales son ordenadas conforme a ciertos principios, lo cual permite determinar sus propiedades o cualidades. Ahora bien, las relaciones sociales (hechos de cultura) “no están aisladas, sin nexos entre sí; ellas se articulan de tal modo que forman estructuras, reconocibles a través de los diferentes aspectos de la sociedad” (**La Philosophie**, Tome 1, p. 91). “La cultura no es, pues, solamente, el producto de una sociedad, sino la sociedad misma definida como sistema” (ibídem). Nos apresuramos a señalar, sin embargo, que la *relacionalidad y operacionalidad* de las **categorias** impiden la concepción de la estructura como un universo de formas estáticas. La actividad estructurante, que es una fase más compleja de la abstracción tal como ha sido concebida sub. II. 1., es un proceso de composición o de organización cuyo resultado es la formación de conjuntos o subconjuntos sociales. Estos conjuntos o subconjuntos sociales son totalidades dinámicas, donde las relaciones entre los elementos que la componen operan de acuerdo a una autorregulación de la coerción ejercida según normas o reglas impuestas por el grupo (Piaget, op. cit. P. 82). La necesidad de un cierto estructuralismo operativo surge de la misma naturaleza de las relaciones ordenadas. Como dice Piaget, las relaciones entre lo sincrónico y lo diacrónico se reducen al nexo esencial entre estructura y función. “En un contexto social, las estructuras... llegan a traducirse, tarde o temprano, en normas o reglas que se imponen de manera más o menos estable a los individuos”. La estabilidad y permanencia de las estructuras no es óbice para que las reglas tengan un funcionamiento variable, el cual se muestra en un cambio de valores. “El valor parece, pues, el índice de una dimensión distinta, a saber, la de función; de modo que la dualidad

o interdependencia reunidas del valor y de la norma, plantean la exigencia de vincular, distinguiéndolas, las naciones de estructura y de función” (Piaget, op. cit. p. 87).

4. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN:

Las nociones de estructura y de función son, pues, inseparables e interdependientes (Piaget, op. cit. p. 86). “La estructura es una cierta disposición estable de los elementos de un sistema social... mientras que la función es la adaptación de la estructura a las situaciones que le son externas”. En el mismo orden de ideas dice M. J. Lévy, que “las estructuras son las uniformidades observables y las funciones las manifestaciones de las estructuras a través del tiempo” (ibídem). En consecuencia, el término *función* se refiere a un proceso social intersubjetivo por el que la conducta humana es comprendida según un modelo orgánico de funcionamiento (**La Philosophie**, Tome 2, p. 242). No se trata, por tanto, de la generalización del concepto de causa, sino de la comprensión del sentido de la conducta mediante un proceso de implicación constituido en sistema normativo (Cf. Piaget, **Situación de las ciencias del hombre en Tendencias de la investigación en las ciencias sociales**, Madrid, Alianza Universidad, trad. De Pilar Carrillo, 1973, p. 112).² En efec-

² “...cuando analizamos las relaciones entre estados de conciencia advertimos el hecho esencial de que éstos no tienen que ver nunca con la causalidad propiamente dicha..., sino con otro tipo de relación que podríamos denominar implicación. Un estado de conciencia expresa esencialmente un significado, y un significado no es causa de otro, sino que lo implica... En suma, la conciencia constituiría, desde nuestro punto de vista, un sistema de implicaciones (entre conceptos, valores afectivos, etc.); el sistema nervioso un sistema causal; y el paralelismo psicofisiológico, un caso especial de isomorfismo entre los sistemas de implicación y de causalidad, lo cual restituye a la conciencia su función específica”.

to, la norma es un esquema de interpretación (**Deutungsschema**) que permite enunciar que un acto de conducta humana, realizado en cierto tiempo y lugar, es lícito o ilícito. Este enunciado es el producto de una interpretación específica, a saber, una interpretación normativa. La idea de que un tal acto constituye un acontecimiento natural es el resultado de una interpretación de tipo diferente: la interpretación causal” (H. Kelsen, **Reine Rechtslehre**, p. 3). El proceso de interpretación de la conducta puede operar, sin embargo, de acuerdo con un principio estático o con un principio dinámico. El principio estático deduce tanto el fundamento de validez (**Geltungsgrund**) como el contenido de validez (**Geltungsinhalt**), de un sistema de normas, de una norma fundamental supuesta considerada inmediatamente evidente. El principio dinámico, por el contrario, sólo provee el fundamento de validez pero no el contenido de validez de las normas. O dicho con otro giro: “Lo que caracteriza el principio dinámico es que la norma fundamental supuesta se limita a habilitar a una autoridad creadora de normas o a determinar la regla según la cual deben ser creadas las normas generales e individualizadas del orden que reposa sobre dicha norma fundamental” (Kelsen, *ibídem*, pp. 198 y 199). Como el principio estático es insostenible, ya que la idea de una norma inmediatamente evidente presupone el concepto contradictorio de una razón práctica, es decir, de una razón que pone normas lo cual es lógicamente imposible puesto que la razón tiene por función un acto de conocimiento y no de voluntad, y puesto que la creación normativa es un acto de voluntad, el único principio que fundamenta científicamente la validez de las normas es, en verdad, el principio dinámico (*ibídem*). La estructura del derecho es, pues, la de una pi-

rámide de normas, cuya unidad resulta de una conexión general de fundamentación entre la norma que regla la creación (norma superior) y la norma creada (norma inferior). El proceso de creación y aplicación del derecho es una autorregulación que se despliega desde la norma hipotética fundamental hasta los actos de cumplimiento o de aplicación prescritos por las normas individualizadas. La dualidad intrínseca de todo acto jurídico (creador respecto de la norma inferior) se reduce, a nivel de la **Grundnorm**, a pura creación; y a nivel de los actos de cumplimiento o de aplicación, a pura aplicación. Entrambos casos límite la nomodinámica muestra el carácter operatorio propio de las relaciones estructurales, es decir, el desarrollo de una función total autorreglada (Vid. Kelsen, **Reine Rechtslehre**, p. 228; Piaget, op. p. 89).

5. LA IDEA DE SISTEMA. SENTIDO NORMATIVO Y SENTIDO ONTOLÓGICO DE LA IDEA DE SISTEMA:

El análisis practicado hasta ahora nos conduce a la elucidación de dos problemas principales, a saber, el de la naturaleza o esencia de las relaciones estructuradas y el tránsito de lo sincrónico a lo diacrónico, es decir, de la disposición estable de los elementos de un sistema social (estructura) a la adaptación de la estructura a las situaciones externas (función). En cuanto a lo primero, las relaciones jurídicas tienen un sentido axiológico específico. Las *categorias* ordenan dichas relaciones bajo la forma de un directivo que presenta una triple conexión: a) con el sujeto que lo formula; b) con el sujeto obligado; y c) con los juicios indicativos o de valor

que sirven de fundamento de verdad a los enunciados normativos. Las relaciones a) y b) son pragmáticas y constituyen, respectivamente, la positividad y la vigencia del directivo. La relación c) es semántica y constituye la validez del directivo. Aparte de estas relaciones, es preciso reconocer la dimensión sintáctica del discurso directivo, aunque en el caso del derecho, por no ser un sistema analítico formalizado, su corrección sistemática (coherencia y completitud) no pueda alcanzarse por vía puramente sintáctica (G. Kalinowski, **Introduction à la Logique Juridique**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, pp. 62 y 63). El esclarecimiento de las relaciones pragmáticas, semánticas y sintácticas en el lenguaje del derecho, requiere una investigación inter- y metadisciplinaria (Psicología, Sociología, Antropología, respecto de la dimensión pragmática; Biología, Axiología, Ética Social, respecto de la dimensión semántica; Lógica, Semiótica, Epistemología, respecto de la dimensión sintáctica). Tales investigaciones perfilan, como dice Kalinowski, la tarea semántica en la que consiste el objeto de la Dogmática, a saber: “la definición del sentido de las normas jurídicas”. La **esencia** de las relaciones jurídicas apunta, pues, a una posibilidad equilibrada de estructuración del “mundo práctico del comportamiento”. En la composición de este mundo de conductas interferidas, el sentido radica en construir un nivel normativo que reproduzca, pero que también organice, el conjunto de relaciones sociales. Hoy se admite, casi sin discrepancia, que la “esencia del derecho radica en ser socialmente determinado” (M. I. Szabo, **Droit et nature des choses selon la théorie socialiste du Droit** (Pays de l’Est en **Droit et nature de choses**. Travaux du Colloque de Philosophie du Droit Com-

paré, Toulouse, 16–21 sept. 1964, Paris, Dalloz, 1965, pp. 146 y 147). La determinación es, sin embargo, mucho más extensa, pues comprende factores biológicos, psicológicos o ecológicos, por ejemplo, que no parecen estar incluidos, **stricto sensu** en la condicionalidad social de lo jurídico. Por eso hemos señalado la necesidad de una investigación inter- y metadisciplinaria que ilumine, como dice M. Poulantzas, las relaciones dialécticas entre el nivel normativo y el nivel ontológico. La noción de naturaleza de la cosa ha surgido en la Filosofía del Derecho reciente como un intento de aclarar la esencia de estas relaciones. Cuando se alude a la naturaleza de la cosa junto a las directivas de “comparación de casos”, “teoría desarrollada”, “sistema interno”, de lo que se trata es de descubrir el proceso de concretización y actualización de la idea del derecho (K. Engisch, op. cit. p. 237). El despliegue dialéctico de la extensión de la categoría podría ser descrito en términos de concreción o actualización de ciertos principios normativos. La teoría de la personalidad jurídica colectiva, la teoría de la imprevisión, la venta con reserva de dominio, la **concesión ad aedificandum** o la teoría de las nulidades, nacen por una parte, de una peculiar estructura de relaciones sociales, y por otra, de un desarrollo histórico de juicios de valor imbricados en dicha estructura. Es obvio, entonces, que para que la noción de naturaleza de la cosa tenga sentido objetivo se requiere una explicación satisfactoria del nivel ontológico de comportamiento por medio de las ciencias del hombre. Desde este ángulo es correcta la tesis de Szabo, según la cual “la esencia del derecho es una noción que crea un nexo entre el derecho y los otros fenómenos sociales y que indica el lugar y la función del derecho en relación con estos últimos”. La

Sociología, la Psicología Social, la Antropología, la Biología, la Economía, explican tal nexo y ofrecen un fundamento positivo de las estructuras sociales. La virtualidad de la extensión de la *categoria* no es, pues, ningún proceso metafísico sino el desarrollo dialéctico de las relaciones humanas conforme a principios objetivos que explican la etiología de las instituciones. Esta explicación, sin embargo, no basta. El desarrollo histórico de los juicios de valor es también un dato, pero su sentido axiológico no es explicable sino comprensible, como ya se ha indicado. La relativa autonomía y el carácter axiológico y superestructural del nivel normativo exige una dilucidación de la **esencia** del derecho por métodos no estrictamente científicos. El paralelismo entre el nivel normativo (**Sollen**) y el estrato práctico de las relaciones sociales (**Sein**) es la razón de ser del ajuste dialéctico entre estructura y realidad. El conocimiento científico proporcionado por las ciencias del hombre constata una exigencia normativa nacida de la sistematicidad interna en la que consiste el “mundo práctico del comportamiento”. Evidentemente hay en esta sistematicidad interna una posibilidad de despliegue no determinada en forma causal, es decir, desarrollada conforme a principios racionales. La Lógica, la Semiótica o la Etica social, desde sus respectivos campos, muestran el alcance heurístico de la inteligencia en el proceso de conceptualización de la experiencia cultural. Esta es la razón por la cual la condicionalidad política y económica del nivel normativo no impide que éste posea una autonomía propia. “La situación económica y social –dice Poulantzas– no es capaz, por sí misma, de elaborar el derecho; se requiere siempre la obra de la voluntad humana. El problema consiste en determinar qué relación existe entre esta voluntad y

la infraestructura”. Pensamos, pues, que las relaciones sociales poseen una cierta organización interna y que tal organización se reproduce, bajo forma normativa, por obra de la voluntad humana. La historicidad y racionalidad de los procesos culturales explican que la condicionalidad infraestructural del derecho no signifique un determinismo social; pero explica, asimismo, que la sistematicidad interna de las relaciones humanas no puede ser cerrada y estática, sino abierta hacia un horizonte de posibilidades dependientes, en gran medida, de la actividad racional del hombre. Si ha de usarse una terminología adecuada tenemos que introducir el concepto de *sistema abierto*, para aludir al proceso de estructuración del mundo de las relaciones sociales. La apertura del sistema da cuenta de las relaciones dialécticas entre los dos niveles (el ontológico y el normativo) y consagra la posibilidad de una organización interna de las instituciones que, aunque prenormativa, apunta a una estructuración explícita del mundo de las normas, la cual refleja y obra, con autonomía propia, sobre el nivel ontológico. La génesis y descripción comprensiva del nivel normativo, concreta o materialmente condicionado, es el objeto de la Ciencia del Derecho. La tarea de ésta no podrá cumplirse, sin embargo, si no se comprende la condicionalidad concreta del orden normativo. El análisis de este problema es tarea previa de las disciplinas que explican el nivel ontológico. Por esta vía, la doctrina de la naturaleza de la cosa, para no ser una variedad más de la metafísica iusnaturalista, tendrá que concebir la esencia del derecho “como la expresión conceptualmente abstracta de los fenómenos jurídicos determinados por relaciones sociales” (Szabo).

6. CONSTRUCCIÓN Y ABSTRACCIÓN:

El proceso analizado de los párrafos precedentes revela cómo la razón elabora las instituciones jurídicas desde la abstracción de las categorías hasta la estructuración del sistema abierto: “La construcción jurídica –dice Gény– es un esfuerzo del pensamiento que organiza los materiales dispersos y aislados que ofrecen las reglas reconocidas, ora por un acto formal de autoridad, ora por una investigación independiente, a fin de que, a través de un empleo sagaz y de un hábil arreglo de conceptos, palabras, definiciones, clasificaciones, razonamientos, se erija un conjunto completo que fije la institución en términos lógicos, se armonicen las reglas que les son propias, y se determinen las relaciones existentes entre la institución fijada y las instituciones vecinas” (F. Gény, **Science et Technique en Droit Privé Positiv**, III, Paris, Sirey, 1930, pp. 158/160). La teoría de la personalidad jurídica colectiva ofrece un ejemplo clásico de construcción. En primer término, se asimila un conjunto de individuos a una persona **física** para obtener un régimen patrimonial específico (hipótesis). En segundo lugar, se atribuye al conjunto los derechos patrimoniales de la persona **física** (teoría). En tercer término, se generaliza la asimilación del conjunto a las personas **físicas** (construcción). Gény piensa que la diferencia entre hipótesis, teoría y construcción es una diferencia de grado. “Si se quiere establecer una jerarquía... podría decirse que la hipótesis es un esbozo de representación; la teoría una representación más firme; y la construcción un conjunto coherente y armonioso de hipótesis y de teorías” (Gény, *ibídem*). El proceso de construcción no debe, sin embargo, identificarse plenamente con la abs-

tracción. A pesar de que ésta apunta a un desarrollo operatorio de las categorías jurídicas, la construcción se muestra sólo en el momento en que las relaciones sociales son calificadas o subsumidas en la categoría respectiva (subsunción); o cuando la categoría es elaborada doctrinal, jurisprudencial, negocial o legislativamente, como respuesta práctica al problema que la suscita (construcción **stricto sensu**). Esta última suele presentarse bajo la forma de tópica judicial, negocial o doctrinaria; o de organización estructurante de disposiciones legales. En todo caso, la tarea de la construcción es completar y coordinar el derecho existente, a través de estructuras que imprimen a éste sistematicidad y coherencia (Vid. P. Pescatore, **Introduction à la Science du Droit**, Luxembourg, Office des Imprimés de l'Etat, 1960, p. 222). Digamos, por último, que la abstracción normativa, tanto como proceso de elaboración categorial, como de resultado de dicho proceso, es relacional, operatoria, estructural y sistemática.

III LA ASIMILACIÓN

1. LA ASIMILACIÓN. ELEMENTOS ESTRUCTURALES Y FUNCIONALES DE LA CONSTRUCCIÓN CATEGORIAL:

Hemos visto que la abstracción normativa es un proceso de elaboración (construcción) *categorial*. En sus formas primitivas esta elaboración es obra de una voluntad que presenta, en su formulación positiva, contornos precisos y ciertos. La rigidez y formalismo del derecho más antiguo muestran que, originariamente, el derecho es la expresión de un querer revestido de autoridad moral o religiosa, cuya **naturaleza** es, por esencia y en forma exclusiva, práctica. La **sponsio** y la **mancipatio** en la Ley de las XII Tablas o la prohibición del adulterio o del homicidio en el Decálogo no dan lugar a ninguna dificultad hermenéutica. Toda controversia está resuelta de antemano por medio de un conjunto de reglas expresadas de manera directa. El derecho primitivo, pues, es elaborado en forma puramente prescriptiva, desprovista de toda determinación conceptual refinada. La base del derecho primitivo es un conjunto de prescripciones “precisas, rígidas y ciertas”, a través de las cuales se armonizan las relaciones

sociales de manera neta y firme (M. Villey, **Le Droit Romain**, Paris, PUF, 1972, p. 20). Empero, la complejidad de la vida exige, a medida que el derecho evoluciona, una participación cada vez más creciente del elemento racional. Esta complejidad puede manifestarse en el nacimiento de nuevas formas de convivencia social o en el proceso de justificación racional de las instituciones establecidas. Frente a las exigencias pragmáticas derivadas de las transformaciones sociales y económicas, el pretor inscribe en su edicto nuevos recursos, y da, por ejemplo, la acción publiciana al propietario que no ha efectuado, para la adquisición de una **res mancipi**, la ceremonia complicada de la **mancipatio**; o crea una acción análoga en beneficio del peregrino a fin de que el autor sea tratado como si fuera ciudadano romano (Villey, *ibíd.* 82). Las transformaciones del derecho de familia, la evolución concerniente a la suerte de los extranjeros y de los esclavos, la humanización de la responsabilidad delictual y cuasidelictual, revela un desarrollo inteligente de las instituciones jurídicas penetrado de valores pragmáticos, pero no exento de una cierta sensibilidad *filantrópica*. El equilibrio entre las exigencias económico-sociales y la recepción de las ideas humanísticas es destacado por Villey en el siguiente texto: “El interés del comercio, el florecimiento de nuevas filosofías humanitarias (para los estoicos, que se elevan a estas altas concepciones antes que el cristianismo, todos los hombres son iguales), la cultura superior de ciertos pueblos vencidos, el interés político, todo ello impulsa el abandono del antiguo egoísmo. Una primera etapa fue cumplida cuando los jurisconsultos reconocieron la existencia del derecho de gentes válido para todos los extranjeros; ciertos actos, considerados *de derecho de gentes*, la venta, el

arrendamiento, la sociedad, son, pues, abiertos a los peregrinos, así como los recursos judiciales por la vía del nuevo procedimiento formulario. Para las acciones del derecho civil antiguo, basta al pretor modificarlas mediante *ficciones* lo cual permite hacerlas extensivas a los peregrinos”. (Villey, op. cit. p. 56). Se observa en la creación del derecho romano una estructuración de naturaleza operatoria tendiente a la *asimilación* de **categorías** jurídicas distintas a fin de obtener la misma solución práctica (Vid. R. Dekkers, **La Fiction Juridique**, Paris, Sirey, 1935, p. 10). La sujeción del peregrino a la **actio furti**, la **reivindicatio** de una cosa de la que no se es propietario **ex iure quiritium**, la anulabilidad de la obligación pactada en fraude del deudor, a pesar de las formalidades precisas de la **sponsio**, son mecanismos de asimilación de relaciones análogas. En la construcción de las estructuras normativas se pasa siempre de una fase más simple a una fase más compleja, de modo que el proceso de diferenciación se resuelve en un conjunto de factores funcionales y estructurales comunes (Piaget, op. cit. pp. 54 y 55). Los factores funcionales son la asimilación y la acomodación. Los elementos estructurales, las relaciones de orden, la subsunción y las correspondencias. De estos factores, propios de las estructuras psicológicas (Vid. Piaget, op. cit. p. 55), podemos aplicar a la génesis de las categorías normativas, la asimilación, la acomodación, las relaciones de orden y la subsunción. La asimilación es un proceso según el cual una relación vital se reproduce activamente dentro de un esquema primario de comportamiento (ejemplo: “chupar” el pulgar integrándolo en el esquema del “mamar”). La asimilación se prolonga en la acomodación de los esquemas derivados a las diversas relaciones vitales análogas (la

tendencia del niño a llevar los objetos que toma a su boca es un ejemplo de integración de nuevos objetos en el esquema derivado). Pero el proceso de asimilación exige una cierta disposición estable capaz de coordinar las relaciones asimiladas. La secuencia irreflexiva de los actos reflejos o habituales y las conexiones teleológicas de la conducta voluntaria, se desarrollan dentro de un orden interno desplegado como modo de organización inmanente al proceso. Así, la finalidad no es un simple ajuste de los medios a los fines, sino la relación de orden que vuelve reflexiva y consciente la conexión casual. Según esto, el mecanismo teleológico es una disposición interna de los factores funcionales de la estructuración. Ahora bien, así como la asimilación se prolonga en la acomodación, las relaciones de orden devienen nexos recíprocos de carácter lógico. La subsunción es el punto final de este proceso, ya sea que se advierta la subordinación del esquema derivado al esquema primario, ya sea que se ajuste la relación vital reproducida a este último. La asimilación genera, por consiguiente, esquemas derivados. “En el campo del comportamiento –dice Piaget– una acción tiende a repetirse, de modo que los esquemas creados en virtud de la repetición son capaces de integrar los objetos conocidos o nuevos exigidos por el ejercicio del esquema... La asimilación es, pues, fuente de continuas puestas en relación y en correspondencia, de aplicaciones, etc., y, en el plano de la representación conceptual, termina en la formación de esquemas generales que son las estructuras. Pero la asimilación no es una estructura: ella no es más que el aspecto funcional de construcciones estructurales, que interviene en cada caso particular, y que conduce tarde o temprano a asimilaciones recíprocas, es decir, a relaciones cada vez más

íntimas que vinculan las estructuras entre sí” (Piaget, *ibídem*, p. 61). Los esquemas primarios elaborados prescriptivamente (determinación de los sujetos de derecho, por ejemplo) derivan por asimilación hacia nuevas relaciones sociales, de modo que la acomodación de los esquemas derivados a las nuevas relaciones se cumple como si los esquemas primarios pudieran ser aplicados. La teoría de la personalidad moral es un caso típico de esta asimilación reproductora.

2. ASIMILACIÓN Y FUNCIÓN *FABULADORA* DEL LENGUAJE:

Alf Ross vincula la asimilación en el sentido expuesto en el párrafo precedente con la función *fabuladora* del discurso. Lo característico de este uso pragmático del lenguaje es que las proposiciones son puestas o presentadas y no enunciadas. El carácter *fabulador* del discurso radica en que las proposiciones presentadas no son ni verdaderas ni falsas: su papel se limita a enunciar hechos a fin de que el destinatario del discurso se los imagine como si fueran reales. Por consiguiente, la *fabulación* asimiladora no consagra nada falso o ficticio y es altamente perturbador para la adecuada comprensión de su sentido, el considerarla como la expresión de un enunciado que se supone falso. Es evidente que una cosa es “el enunciado del tipo ‘Está lloviendo, pero no creo que lo esté’” lo cual es un absurdo pragmático; y otra, el enunciado que afirma que la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela en Bélgica está en suelo venezolano, para significar que la ley venezolana debe aplicarse a cierto tipo de relaciones jurídicas. Se distingue, pues, el enunciado de

una suposición conscientemente falsa, que es una **contradictio in adiecto**, de la asimilación de una determinada relación a otra, a fin de que la primera sea tratada de acuerdo con las normas que rigen la segunda. Parece obvio que no es legítimo calificar de falsa la asimilación de una relación a otra cuando su objeto no es suministrar información sobre las relaciones asimiladas, sino proponer una regulación análoga de éstas con vistas a obtener el mismo resultado práctico. “Lo que ha hecho hablar de ‘ficciones legales’ –dice Ross– es el hecho de que se usen a veces recursos artificiales en los textos legales y en las decisiones judiciales. Una ley puede decir, por ejemplo, que para ciertos propósitos los tanques móviles de aceite se considerarán como propiedad inmueble, o que en ciertos aspectos las mujeres se consideren como los hombres. Pero esto es un mero asunto de conveniencia y no encierra ningún enunciado falso. Lo que se dice es simplemente que en ciertas circunstancias los tanques móviles de aceite se tratarán de acuerdo con las leyes de la propiedad inmueble, y que las mujeres serán tratadas en ciertos caso de acuerdo con las leyes que se aplican a los hombres. Se evita convenientemente la enumeración de dichas leyes. No hay razón para hablar de suposiciones falsas ni de nada ficticio, y no hace ninguna diferencia el que esto se exprese en forma de enunciado, como cuando en el derecho romano antiguo se decía que la esposa es la hija de su marido”. (A. Ross, **Lógica de las Normas**, Madrid, Tecnos, 1971, Trad. de José S-P. Hierro, pp. 38 y 39). Ahora bien, ¿existe entre la asimilación y el discurso *fabulador* una relación necesaria? ¿Está el uso pragmático del lenguaje determinado por las exigencias internas de la construcción categorial? ¿Tiene la función *fabuladora* del discurso una

dimensión ideológica? Luego discutiremos estos problemas concretamente, pero, por ahora, podemos decir que el lenguaje *fabulador* construye el nivel normativo en función del nivel ontológico constituido por las relaciones sociales. La sistematicidad interna de las relaciones asimiladas no impide, sin embargo, que el uso pragmático del lenguaje cumpla su cometido ideológico. “Lo más importante –dice Cohen– es que, en todos los tiempos, el derecho debe desarrollarse asimilando las nuevas situaciones a las viejas; y en momentos de innovaciones nos aferramos aún más a las viejas formas lingüísticas. Estas últimas refuerzan el sentimiento general de seguridad, en particular cuando el mito o ficción prevaleciente es que el juez solo expresa la ley, pero no puede modificarla o ampliarla. El hecho de que pueda obedecerse a la ley aunque ésta evolucione supera lo que los mismos juristas pueden comprender” (M. Cohen y E. Nagel: **Introducción a la Lógica y al método científico**, Buenos Aires, Amorrortu Editores, Tomo 2, Trad. De Néstor Míguez, 1971, p. 207).

3. ASIMILACIÓN E IGUALACIÓN:

La idea de asimilación está también ligada al proceso de igualación de relaciones sociales a los efectos de obtener una misma solución práctica. Esta igualación no implica una identificación de las relaciones igualadas. Tampoco implica, según se ha demostrado en el párrafo anterior, la afirmación de un supuesto falso. Todo lo contrario. La igualación es una forma elíptica e indirecta de prescripción normativa. La conveniencia práctica de la brevedad (Cohen) y la elusión del tratamiento directo frente al conflicto de principios (Ripert) permiten concebir al *nasciturus* como sujeto de

derecho (**infans conceptus pro iam nato habetur**), a la sociedad anónima como persona jurídica, al hijo nacido antes de que hubiesen transcurrido ciento ochenta días después del matrimonio (Art. 202 del Código Civil venezolano) como hijo del marido, a pesar del cálculo legal del tiempo de la concepción (Art. 213 eiusdem). El papel de la asimilación no es, pues, afirmar la existencia del **nasciturus**, la realidad de la sociedad anónima o la concepción real del hijo beneficiado con la “ficción” de la paternidad originaria, sino igualar determinadas relaciones a fin de justificar la imputación de las mismas consecuencias jurídicas. La asimilación de relaciones permite al jurista encontrar una solución razonable, cuando la relación asimilada exige un tratamiento específico que no es alcanzable mediante la aplicación del derecho existente. Pero la utilidad y corrección metódica del proceso pueden resultar comprometidas si se incurre en el vicio sustancialista de no reconocer la *relacionalidad* de las categorías normativas. El problema no se limita, pues, a suponer que hacemos una afirmación ficticia, es decir, falsa, sino en creer que la **categoría** primaria menciona una referente fáctico. Digamos, entonces, que la asimilación es una igualación de relaciones a objeto de obtener la misma solución práctica; lo que no impide que esta igualación, como se ha observado ya, obedezca a una cierta legalidad interna de dichas relaciones (Vid. para la idea de igualación en la ficción, H. R. Gray y otros: **An Introduction to law**, Wellington, Sweet & Maxwell (N. Z.) Ltd., 1968, p. 170).

4. ASIMILACIÓN Y CONSTRUCCIÓN:

Radbruch concibe la construcción jurídica como la composición de un todo a partir de los elementos separados por el

análisis. Esta recomposición implica una transformación progresiva de una relación vital en una relación jurídica, o de una relación jurídica en un instituto jurídico. Es claro que la construcción, así concebida, implica un proceso de elaboración del sentido jurídico de la relación vital (G. Radbruch, **La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento**, Córdoba (R. A.), Universidad Nacional de Córdoba, 1963, Trad. De Ernesto Garzón Valdéz, pp. 102 y sgtes.). Hasta aquí, la construcción jurídica se identifica con la asimilación reproductora, es decir, con la reproducción activa de una relación vital dentro de un esquema primario de comportamiento (Vid. supra, II. 5.). Pero lo importante de la tesis de Radbruch es que, de acuerdo con ella, la construcción no se refiere a lo general sino a lo típico. “La construcción jurídica –dice Radbruch– no se sirve de conceptos genéricos sino de *conceptos tipos*. Para la construcción no se necesita, como en el caso del concepto genérico, una inducción que abarque muchos casos; antes bien, el contenido de sentido puede ser tomado de un único caso adecuado” (G. Radbruch, *ibidem*). La tipificación que es propia de este proceso, a más de consagrar una economía de los medios del pensamiento jurídico (Gény), permite extender o modificar el derecho existente sin que se advierta la solución de continuidad en el desarrollo del mismo. Ahora bien, la claridad y simplicidad con las que suele presentarse la construcción pueden inducir a sostener consecuencias falsas. Ya hemos visto que la construcción de la personalidad moral es legítima dentro de ciertos límites, y que la asimilación reproductora que la constituye no puede llevarnos al exceso de afirmar la realidad o la ficción, según el caso, del centro de imputación normativa. Kelsen ha iluminado el carácter técnico de esta construcción cuando reconoce la pertinencia

de la ficción de atribución y cuando rechaza la afirmación de la realidad de la persona moral a la que se atribuyen los actos imputados. En sentido análogo, Radbruch cree que el carácter metafórico de la construcción no es objetable, como no es objetable que la Física se valga de sus formas propias de expresión metafísica, y trabaje, hasta el día de hoy, con las viejas imágenes de corriente y ondas y con las nuevas, de bombardeo y de desintegración del átomo (ibídem).

5. LA IDEAS DE DESPLIEGUE DE LA VIRTUALIDAD EXTENSIVA DE LAS CATEGORÍAS NORMATIVAS:

En el párrafo II.2. hemos dicho que la extensión de las categorías es pragmática y que la virtualidad extensiva de las categorías se despliega a través de la interpretación. Este despliegue es un proceso de estructuración, es decir, el paso de una estructura a otra, el cual se produce de acuerdo a “leyes” de funcionamiento, de evolución y de correspondencia interna de las estructuras sociales” (Piaget). La asimilación constata, por una parte, la reproducción activa de relaciones sociales dentro de un esquema primario; pero, al mismo tiempo, satisface la exigencia racional del jurista, al concebir esta reproducción *como si* fuera el resultado de una virtualidad actualizada de los principios y categorías del sistema. La necesidad de una cierta disposición estable de los elementos que componen el sistema social explica el hecho, aparentemente paradójico, de que la asimilación reproduzca modos de comportamiento vividos como pre-determinados (de otro modo no podría hablarse de reproducción activa de una conducta) y de que, asimismo, la asimilación genere nuevos esquemas o estructuras. La paradoja anotada explica, también, y por las mismas razones, la continuidad

en el proceso de variación y de evolución de las estructuras y de sus funciones. En pocos casos se observa con mayor nitidez el papel de la asimilación reproductora que en lo relativo al régimen de la herencia. “La *hereditas* –dice Villey– es una verdadera abstracción... ella comprende no sólo todos los objetos concretos de los cuales el difunto era propietario, sino sus deudas y acreencias. Se puede reivindicar en bloque todo el patrimonio del difunto, incluido el pasivo, por la acción denominada **hereditatis petitio**. Se puede transmitir en un solo acto esta “universalidad” de deudas y derechos, “a título universal”, como se transmite “a título particular”, una casa, un campo cultivado, un esclavo: las reglas de la transferencia son solamente originales, como cada vez que se trate de una cosa incorporal” (Villey, op. cit. p. 75). Dentro de la misma técnica asimiladora y con mayor énfasis en la secuencia estructural aludida, la teoría ha consagrado la continuación, a través de los herederos, de la persona del difunto. Tal continuación explica el carácter lapidario de la nota al artículo 3282 del Código Civil argentino (Código Civil de la República Argentina con las notas de Vélez Sarsfield, Edición al cuidado de Luis Alberto Estivill, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1969, p. 703) que a la letra dice: “La muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se causan en el mismo instante... son indivisibles”. “La transmisión de la **hereditas per universitatem** ha sufrido, sin embargo, una larga y complicada evolución. Las leyes romanas, por ejemplo, no permitían la sucesión inmediata, a los herederos, de la posesión de los bienes del *de cuius*. La posibilidad de que la **hereditas** quedara, durante algún tiempo, “*sine domino*” (mientras que no fuese ni aceptada ni repudiada) dio origen a la teoría de la herencia ya-

cente. Bien pronto, no obstante, el derecho romano empezó a elaborar la ficción de que el de cuius sobrevive en su patrimonio, de modo que, incluso los esclavos hereditarios, podían realizar ciertos actos útiles en nombre y representación de su antiguo dueño (E. Roguin, **Traité de Droit Civil Comparé, Les Successions** V, Paris, L. G. de D. et de J., 1912, p. 15). En el Derecho francés los sucesores (herederos y legatarios) reciben instantáneamente la propiedad, la titularidad de los bienes y de los derechos sucesorales, en el momento mismo de la muerte del causante, sin necesidad de ningún acto de su parte, ni de la intervención de ninguna otra persona o autoridad. La consecuencia de esta doctrina es que los bienes hereditarios no son, en ningún momento, **res nullius** y que no hay yacencia de la **hereditas**, como en el Derecho Romano (Roguin, *ibídem*, 27). El régimen jurídico de la herencia presenta, por otra parte, lo relativo al dominio y lo relativo a la posesión del patrimonio del difunto. Así, el Art. 724 del Código Civil francés consagra la figura de la **saisine**, la cual no tiene ninguna relación con la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios. Esta figura es recogida en el Art. 995 del Código Civil venezolano, cuya primera parte dice: “La posesión de los bienes del de cuius pasa de derecho a la persona del heredero sin necesidad de toma de posesión material...”. Se discute, por esto, en la doctrina y en la jurisprudencia francesas, el fundamento normativo de la adquisición instantánea de la propiedad por los sucesores. Independientemente de la pertinencia de la interpretación del artículo 711 del Código Civil francés (que prescribe la sucesión entre los modos de adquirir la propiedad de los bienes) en orden a fundamentar la transmisión instantánea del dominio de las **hereditas**, la omisión de un régimen ex-

plicito para ésta parece obedecer a los exigencias contrarias, a saber: la garantía de la continuidad del régimen jurídico del patrimonio hereditario, por un lado; y, por el otro, la necesidad de la participación de los sucesores en el proceso de adquisición efectiva de la herencia. De allí que Gabba haya sostenido que, “pese a la consagración de la “saisine”... el derecho hereditario no podía, según la naturaleza misma de las cosas, ser adquirido verdaderamente, más que por efecto de la adición o aceptación, con efecto retroactivo” (Roguín, *ibídem*, p. 89). El artículo 995 del Código Civil venezolano, el cual fue reproducido del Art. 925 del Código Civil italiano derogado, se refiere, igual que el Art. 724 del Código Civil francés, a la *posesión de los bienes del de cuius* y no a la propiedad de los mismos. Con algunas variantes, el Art. 3410 del Código Civil argentino, el Art. 1572 del Código Civil brasileño, el Art. 459 del Código Civil italiano, y el Art. 1942 del BGB., coinciden con la doctrina de la **saisine** prescrita por el Art. 724 del Código Civil francés. En contra, sin embargo, el Art. 1039 del Código Civil uruguayo establece que la propiedad y posesión de los bienes hereditarios pasan de pleno derecho a los herederos por el solo hecho de abrirse la sucesión, con lo que se zanja directamente la problemática creada por el régimen dual de la **hereditas** (**saisine** y titularidad del patrimonio hereditario). La técnica jurídica exige, en el caso que consideramos, algunos otros procedimientos destinados a complementar el papel de la asimilación reproductora. Tal vez el más importante es el de la aceptación o repudiación presuntivas de la herencia. Hemos visto que Gabba observa que las dificultades del régimen de la **saisine** provienen de la necesidad de evitar la solución de continuidad en la posesión de los bie-

nes hereditarios, sin desconocer el hecho de que la adquisición verdadera de la herencia depende de la participación efectiva de los sucesores. Ahora bien, esta participación debe ser garantizada aun en el caso de que no se produzca realmente, pues la continuidad del régimen hereditario así lo requiere. El Art. 1019 del Código Civil venezolano consagra la figura de la repudiación presuntiva cuando dice: “Todo el que tenga acción contra la herencia o derecho de suceder a falta del llamado actualmente, tiene derecho de pedir al Tribunal que compela al heredero, sea ab intestato o testamentario, a que declare si acepta o repudia la herencia. El juez, procediendo sumariamente, fijará un plazo para esta declaración, el cual no excederá de seis meses. Vencido este plazo sin haberlo hecho, se tendrá por repudiada la herencia”. El origen remoto de esta figura parece estar en la facultad que el Pretor tenía de fijar al interesado un plazo (generalmente de cien días desde Justiniano, llamado **spatium deliberandi**) para obtener de él una determinación explícita respecto de la aceptación o repudiación de la herencia. Al principio, el silencio persistente equivalía a la repudiación, pero más tarde, desde los tiempos de Justiniano, el silencio implicó la aceptación. La repudiación presuntiva de los primeros tiempos parece estar de acuerdo con la doctrina romana de que los herederos no sucedían inmediatamente al difunto en la posesión de los bienes hereditarios. En el derecho venezolano, en cambio, la prescripción del artículo 1019 colide con la doctrina establecida por el artículo 1012 eiusdem, cuyo texto es el siguiente: “La repudiación de la herencia debe ser expresa y constar de instrumento público”. La antinomia anotada muestra la inconsistencia de la repudiación presuntiva con la tesis de que “la muerte, la

apertura y la transmisión de la herencia se causan en el mismo instante... (y) son indivisibles”. La doctrina de la presunción legal de la aceptación está formulada, por su parte, en el Art. 1943 del BGB., y en el Código Civil brasileño, Art. 1584. Para obviar la inconsistencia en la que incurre el Código Civil venezolano, el legislador uruguayo ha recurrido a un medio técnico muy característico del pensamiento tópico. Ha prescrito la repudiación presuntiva (Art. 1070 del Código Civil uruguayo), pero como excepción general al principio, establecido en el Art. 1074 eiusdem, de que la repudiación no se presume. Es curioso notar cómo la salvedad del Art. 1074 disipa el conflicto con el Art. 1070, pese a que la aceptación presuntiva, lo mismo en el derecho uruguayo que en el venezolano, resulta más conforme con la doctrina de la continuación de la persona del *de cuius* por sus herederos. En el breve análisis realizado se ve que la asimilación reproductora y la acomodación no sólo tienden a la reproducción de comportamientos dentro de esquemas preestablecidos (las relaciones jurídicas posteriores a la muerte del causante son integradas en el esquema de la personalidad continuada del difunto en sus sucesores), sino que nuevos esquemas o categorías son creados bajo el impulso de la acomodación de los esquemas de la asimilación a la diversidad de relaciones reproducidas. En efecto, el régimen del artículo 995 del Código Civil venezolano asimila la posesión de los herederos a la posesión del **de cuius**, pero, al mismo tiempo, genera la figura de la **saisine** y las de los otros recursos técnicos que permiten regular, sin solución de continuidad, las relaciones derivadas de la adquisición de la propiedad hereditaria, desde la fecha en que la sucesión se abre hasta el momento en que el título declarativo de

la propiedad es otorgado. El efecto declarativo de la partición, según veremos luego, es el punto culminante de un proceso en el cual el desarrollo del derecho, por obra de las técnicas mencionadas, deviene estructurogénesis operatoria, garante, como toda estructuración, de la continuidad (uniformidad y disposición estable) en la manifestación de los elementos de un sistema. Nuevamente las relaciones entre la estructura y la función se muestran pertinentes en el análisis de las estructuras sociales, y explican el alcance del siguiente texto de Piaget: “Estructura y función, génesis e historia, sujeto individual y sociedad llegan a ser, pues, indisolubles en un estructuralismo dialéctico, y en la medida en que se afinan sus instrumentos de análisis” (Piaget, op. cit. p. 108).

IV LA SUBSUNCIÓN

1. EL PROBLEMA DE LA SUBSUNCIÓN:

En este párrafo ha de estudiarse el problema de la vigencia del derecho. Engisch se refiere a él (Engisch, op. cit. p. 62) con las siguientes palabras: "...la manera como el derecho adquiere significación determinante para nuestra vida consiste en que el derecho nos dice algo acerca de cómo debemos conducirnos en concreto. Por eso, para que el derecho pueda tener significación en nuestra vida, culmina en proposiciones concretas que deben ser... Nos vemos, pues, obligados a vincular la vida con la ley. ¿Cómo se lleva a cabo esta vinculación? La pregunta nos conduce inmediatamente al problema del "pensamiento jurídico". En relación con este planteamiento, es indispensable subrayar los siguientes aspectos: 1º) La norma es la racionalización o justificación objetiva de la conducta interferida o, para ser más exactos (lo cual implica la creencia en que la norma y el juicio de valor son dos momentos de un mismo proceso cultural), la versión exigible o incitativa de la valoración práctica. Esto significa que la expresión lógica de la norma es la de un juicio prescriptivo o exhortación. Los juicios prescriptivos tienen una finalidad práctica, es

decir, su objetivo es incitar a los destinatarios a que se comporten de una manera determinada. Por eso su verdad no puede ser verificada directamente (como ocurre con los juicios enunciativos), sino a través de los juicios enunciativos que le sirven de base. Kopyn ilustra esta idea con el siguiente ejemplo: Si digo ¡cierre la puerta!, la verdad de este juicio no puede ser verificada directamente, sino indirectamente, mediante la verificación del juicio enunciativo *la puerta está abierta*. Si el juicio enunciativo *la puerta está abierta* es verdadero, también será verdadero el juicio prescriptivo ¡cierre la puerta! Naturalmente esto es una simplificación ingenua de la verificación científica de los juicios prescriptivos. En el campo del derecho, como todos sabemos, el mecanismo de verificación es mucho más complejo, no sólo porque los juicios enunciativos que inducen al Estado a regular el comportamiento social son, en la mayoría de los casos, menos explícitos y convincentes, sino porque el fundamento de la prescripción es visto como *ratio legis*, es decir, como directiva o criterio moral con el que se sublima el juicio enunciativo determinante de la prescripción. De este modo, la validez del juicio prescriptivo no es referida, en primera instancia, a la verdad de los juicios enunciativos que fundamentan la norma. En vez de esto, la validez se la refiere a las directivas morales o religiosas con las que se reviste el fundamento científico del imperativo. Creemos que la teoría que exige una verificación enunciativa de las normas (aunque sea indirecta) no hace más que constatar el proceso de racionalización progresiva del derecho histórico, aparte de que provee un criterio firmemente objetivo para mantener la acción legislativa dentro de límites políticamente razonables. El carácter pres-

criptivo de la norma exige una relación entre el supuesto (**Tatbestand**) y la consecuencia jurídica (**Rechtsfolge**). La consecuencia jurídica es un deber ser (**Sollen**). Así, la consecuencia jurídica de un contrato de préstamo o de una acción ilícita es la obligación del deudor a realizar una determinada conducta, pero no la conducta misma (Larenz). La consecuencia jurídica de un hecho punible es la punibilidad del autor conforme a la ley penal (es decir la facultad del juez para castigarlo), no la ejecución de la pena. Ahora bien, la norma no sólo prescribe deberes. La adquisición de la capacidad, de la nacionalidad o del domicilio son consecuencias jurídicas, pero no son estrictamente deberes (aunque de ellas se puedan derivar deberes o facultades). Por eso, la consecuencia jurídica de una norma puede ser el supuesto de otra norma; consecuencia jurídica, por tanto, es, no sólo la obligación, sino también la adquisición de un derecho, la transmisión o la pérdida de un derecho subjetivo, la adquisición o pérdida del **status** jurídico o de la competencia de una persona, etc. Conviene aclarar, también, que es posible que una misma consecuencia jurídica sea imputada a varios supuestos (un contrato puede ser impugnado por causa ilícita y por vicios del consentimiento: **Doppelgründe**) o al revés (el delito produce una consecuencia punitiva y una obligación de indemnizar: **Doppelfolgen**). El esquema fundamental de la norma jurídica es el siguiente: Si el supuesto (**Tatbestand**) es realizado en un caso concreto (**Sachverhalt**), entonces vale para ese caso la consecuencia jurídica (**Rechtsfolge**). O más brevemente: Si T es realizado en S, entonces R. O también $T \rightarrow R, S = T, S \rightarrow R$ (Larenz). Zitelmann habla de “causalidad jurídica” en el sentido de que la norma jurídica

expresa una “vinculación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica **in abstracto** (o sea, dentro de la proposición jurídica) o **in concreto** (es decir, con relación al caso vital que cae bajo la proposición jurídica)”. Nosotros nos adherimos en principio a esta tesis, pero con una reserva: la llamada “causalidad jurídica” es, en realidad, *relación jurídica*, de modo que incluso la vinculación **in concreto** tiene, como la vinculación **in abstracto**, contextura normativa. Se trata de una inmanencia de la relación jurídica en la norma o, para usar otras palabras, de la intranormatividad de la relación jurídica. Esta reserva nos aparta considerablemente de la tesis de Zitelmann, pues nosotros no consideramos la vinculación **in concreto** como “un caso *vital* que cae bajo la proposición jurídica”, sino como una relación jurídica cuya expresión normativa es la norma individualizada. La valoración práctica que constituye al derecho puede realizarse sobre conducta abstracta o sobre conducta concreta. Las normas del Código Civil o de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios son el producto de valoraciones sobre conducta abstracta; pero el contrato de arrendamiento entre A y B sobre un inmueble X es una valoración sobre comportamiento concreto. Nosotros vemos aquí la diferencia entre la norma general y la norma individualizada, o entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo. El derecho objetivo (expresado en la norma general) es, pues, el resultado de la valoración de la conducta abstracta, mientras que el derecho subjetivo (expresado en la norma individualizada) es el resultado de la valoración de la conducta concreta. Esta tesis permite superar el dualismo metafísico derecho-facultad, debido a que el llamado derecho subjetivo no es otra cosa que la relación jurídica

in concreto. Más que una facultad o poder moral, el derecho subjetivo es una construcción técnica con la que se expresa la vinculación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica referida a la conducta actual, lo que explica que la **facultas agendi** como la entiende la teoría clásica, sea, apenas, la abstracción de uno de los momentos o fases de la relación jurídica concreta. La evidencia de este enfoque es constatada en los contratos sinalagmáticos donde el nexo entre el derechohabiente y deudor es reversible. Esta intranormatividad de la relación jurídica, tanto en la norma general como en la norma individualizada, nos permite concluir lo siguiente: La norma general (derecho objetivo) es la expresión normativa de la valoración sobre conducta abstracta; y la norma individualizada (derecho subjetivo) es la expresión normativa de la valoración sobre conducta concreta (contrato, sentencia, testamento, decisión administrativa). 2º) De acuerdo con lo indicado sub 1º) las normas generales son vigentes, es decir, eficaces, cuando se aplican a través de normas individualizadas. Si esto es así, la eficacia de las normas generales es sólo mediata, siendo únicamente eficaces las normas individualizadas (contrato, testamento, sentencia, etc.), que consideran conducta actual. Como las normas individualizadas se prolongan, en su eficacia, hasta los actos de realización del derecho (actos de cumplimiento o de ejecución) provenientes de quienes participan en su creación, la Teoría Ecológica parece tener en definitiva razón cuando afirma que la vida del derecho se realiza con plenitud en el proceso de individualización normativa. Ello equivale a decir que el derecho termina siendo conducta o, que por lo menos, está en la conducta concreta, en el momento en que la positividad

(establecimiento de la norma por el órgano del Estado) y la eficacia normativa coinciden. Este es el sentido que le atribuimos a la tesis egológica de que el derecho es “conducta como conducta”, valga decir, “conducta en su intrínseca libertad”, “vida humana viviente”. 3°) En el proceso de individualización normativa es necesario distinguir (Vid. supra, III. 1.) factores funcionales (acomodación) y factores estructurales (subsunción propiamente dicha). La acomodación permite adaptar los esquemas de la asimilación a la diversidad de objetos incluidos en la **categoría** normativa. La subsunción racionaliza la acomodación mediante la equiparación del caso subsumido a los actos cuya pertenencia a la clase (que está resumida en la **categoría**) ya ha sido establecida (Engisch, op. cit. 78). El verdadero problema radica en que la subsunción supone la determinación de la extensión de la **categoría** lo cual rebasa el ámbito de lo puramente lógico. En efecto, considerar que un automóvil cerrado es un “espacio cerrado” en el sentido del Art. 243, parágrafo 2° del Código Penal alemán (robo con escalamiento, Engisch, ibídem, p. 76), o que la electricidad es una cosa en el sentido del Art. 1193 del Código Civil venezolano (responsabilidad derivada de la guarda de las cosas inanimadas), son problemas semánticos en los que la solución depende de la posibilidad de verificar, directa o indirectamente, lo prescrito por las **categorías** normativas. Tanto en la asimilación como en la subsunción, el momento decisivo es axiológico, (sea que se apunte a la elaboración del esquema, o que se acomode el esquema al objeto considerado), por lo que el proceso de individualización normativa es más bien la reproducción concreta, a nivel de la conducta actual, del factor funcional de la asimilación.

2. DETERMINACIÓN ACTUAL DE LA EXTENSIÓN DE LA CATEGORÍA NORMATIVA EN EL PROCESO DE APLICACIÓN DE LA NORMA:

El proceso de aplicación del derecho aparece, formalmente, como una suerte de deducción lógica de un imperativo concreto a partir de un imperativo abstracto (Engisch, op. cit. p. 67). Prescindiendo de las dificultades teóricas implicadas en este tipo de inferencia, podemos decir que el órgano competente reproduce la valoración abstracta de la norma general, al verificar la proposición indicativa (o normativa) que constituye la premisa menor del silogismo práctico. La verificación de la premisa menor comprende, por una parte, la comprobación fáctica de los hechos enunciados en ella; y por otra, la subsunción del hecho comprobado en la **categoría** normativa correspondiente (Engisch, *ibídem*, p. 70). Se trata de dos operaciones distintas. Por la primera se verifica la verdad del hecho enunciado por una proposición indicativa. Por la segunda se califica, jurídicamente, el hecho comprobado o verificado. Como dice Sauer, antes de valorar conforme a la norma, es preciso verificar, conceptuar y comprender los hechos jurídicamente relevantes. La realización del supuesto normativo (**Tatbestand**) en un caso concreto (**Sachverhalt**), lo cual constituye la subsunción stricto sensu, implica una verificación previa de la proposición que enuncia el hecho acaecido. “La proposición ‘A es un asesino’ –dice Engisch– contiene, por consiguiente, tanto la comprobación fáctica de que A ha cometido algo que, desde el punto de vista jurídico, es un asesinato, como también la ordenación del hecho comprobado bajo el concepto jurídico de asesinato”. Ahora bien, la distinción anotada es decisiva para comprender que la verificación de una proposición in-

dicativa individual es una cosa diferente de la verdad de dicha proposición, a partir de proposiciones generales (R. Schreiber, **Lógica del Derecho**, Buenos Aires, Sur, 1967, trad. de Ernesto Garzón Valdés, p. 93). Si consideramos, por ejemplo, el caso previsto por el Art. 1193 del Código Civil venezolano, habrá que precisar primero, si se ha producido un daño causado por una cosa; segundo, si el daño no ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o por fuerza mayor; para poder atribuir la responsabilidad de indemnizar a quien tiene la cosa bajo su guarda. La jurisprudencia venezolana ha fundado en el Art. 1193 “la responsabilidad de una empresa de energía eléctrica más allá de sus medidores, cuando se demuestran accidentes ocurridos por falta propia de quien tiene la guarda y distribución del “fluido”, que no depende del suscriptor” (Vid. O. Lazo, **Código Civil de Venezuela**, Caracas, Ediciones Legis, 1962, p. 612). La comprobación del daño ocasionado por el “fluido” eléctrico, bajo determinadas circunstancias, no es el fundamento de la responsabilidad de la empresa que suministra el “fluido”, sino la prescripción del Art. 1193 que imputa al tenedor o guardián de dicho “fluido” la obligación de indemnizar a la víctima. Esta responsabilidad, tal como la establece la jurisprudencia venezolana comentada, deriva de la guarda de la cosa y no de la cosa misma; de modo que no se requiere que el actor acredite en juicio que la cosa adolece de un defecto o vicio capaz de causar el daño, sino que basta que compruebe que la cosa lo ha producido y que ésta se halla bajo la guarda del demandado (Cf. Art. 1132 del Código Civil argentino; arts. 1931 y 1932 del Código Civil mexicano; arts. 1528 y 1529 del Código Civil brasileño; Art. 1384 del Codi-

go Civil francés; Art. 2051 del Código Civil italiano). Una figura análoga a la prevista en el artículo citado es la responsabilidad derivada del ejercicio de actividad peligrosa, consagrada por el Art. 2050 del Código Civil italiano. El responsable del daño ocasionado por el ejercicio de actividad peligrosa puede, sin embargo, excepcionarse, y demostrar que adoptó todas las medidas idóneas para evitar las consecuencias lesivas que se le imputan. Los casos que acabamos de citar son explicados por los civilistas sobre la base de una presunción de falta (G. Ripert, p. 353) y han marcado el paso de una evolución socioeconómica que ha ido de la culpa al riesgo, es decir, de la responsabilidad basada en falta a la responsabilidad objetiva (responsabilidad legal). La presunción de falta, por otra parte, se deriva de una cierta probabilidad estadística según la cual la causa del daño es la acción u omisión del guardián de la cosa o de quien ejerce una actividad peligrosa (R. Schreiber, 98); pero también de las exigencias de certezas surgidas de la necesidad de considerar probados algunos hechos que, por su naturaleza, no es posible o resulta muy difícil comprobar (P. Pescatore, op. cit. p. 219). El proceso de subsunción presenta, pues, factores funcionales (acomodación), y es en virtud de tales factores que la individualización normativa puede conducirnos a la reproducción de nuevos esquemas derivados (asimilación), como sucede al incluir la electricidad en la **categoría** de cosa, a fin de *acomodar* el caso de la responsabilidad del Art. 1193 a los daños provenientes del servicio de energía eléctrica. Las observaciones precedentes explican el siguiente texto de Engisch: “En la subsunción que actualmente estamos investigando se trata, en primer lugar, de la subordinación de un caso individual al supuesto de hecho legal, es

decir, no de la subordinación de un grupo de casos o de un tipo de casos. Además concebimos la subsunción... como una subsunción nueva, única; es decir, no como una simple y rutinaria repetición de subsunciones anteriores que ya hayan sido realizadas a menudo en casos similares” (K. Engisch, op. cit. p. 77).

3. LA RECONDUCCIÓN A LA ABSTRACCIÓN A TRAVÉS DE LOS PROCESOS DE ASIMILACIÓN Y SUBSUNCIÓN:

Hemos visto que la subsunción determina la relación entre la **categoría** y los casos que integran su extensión. Esta relación implica una valoración de la conducta actual, es decir, un proceso de elaboración de proposiciones concretas de deber ser (Engisch, op. cit. p. 62). En el esfuerzo por determinar, jurídicamente, el deber ser concreto, el jurista realiza una operación bifronte: a) acomoda los esquemas primarios o derivados a la diversidad de casos que las relaciones especiales presentan (así se logra calificar, p. ej., una relación jurídica de comodato, de arrendamiento o de anticresis); b) subordina un concepto fáctico (electricidad, v. gr.) al concepto jurídico (cosa). La acomodación y la subordinación constituyen el mismo proceso, si bien la acomodación pone el acento sobre el nivel normativo general, mientras que la subordinación culmina en la equiparación del caso subsumido a los casos que integran la extensión de la clase indicada por el concepto jurídico (Cf. Engisch, op. cit. p. 78). La diferencia entre los dos momentos del proceso de subsunción se muestra en el ejercicio de la actividad del jurista respecto del tratamiento de los casos considerados. Un

civilista, por ejemplo, describe comprensivamente el sentido de la norma al calificar los posibles casos que el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia permiten incluir en la **categoría** respectiva. Se trata de una labor preparatoria que desenvuelve la extensión de la **categoría** a partir del nivel normativo. Contrariamente, cuando el juez o el abogado se enfrentan al caso concreto, el esfuerzo por encontrar la solución adecuada nace del caso mismo y apunta a la determinación de la relación lógica entre el concepto fáctico y el concepto normativo. Las dos maneras de concebir el proceso de subsunción marcan una diferencia esencial entre el derecho civil y el common law.³ En el primero se parte de la norma general y se trata de encontrar, en el caso concreto planteado, la verificación del sentido atribuido de antemano a los conceptos normativos. En el segundo, la dirección de la búsqueda se mantiene a nivel de la conducta actual, o como diría Viehweg, a nivel de los casos que suscitan la técnica del pensamiento problemático. Cualquiera sea, sin embargo, el modo de consideración de la relación entre el nivel normativo y el nivel fáctico, es la determinación razonable del deber ser concreto lo que en definitiva cuenta. Y es evidente que el énfasis que se ponga en uno u otro momento no puede excluir, en ningún caso, la relación entre los dos niveles indicados. Ahora bien, los ejemplos con los que

³ “Le mode de raisonnement dans l’application de la doctrine des material facts est l’induction, par laquelle des données concrètes l’on passe à une conclusion générale considérée comme raisonnable. Par opposition à la déduction, l’induction ne conduit jamais à des conclusions nécessaires, mais seulement à des conclusions considérées comme ne pouvant raisonnablement être mises en doute. Il est à remarquer que l’éduction pure, à savoir l’argument d’analogie, par lequel on conclut directement du particulier, est incapable, de fournir une ratio decidendi en tant que règle générale”. (I. Tamelo, la **Règle de Droit**, Bruxelles, 1971, p.128).

hemos ilustrado la acomodación y la subordinación no deben hacernos concluir que la subsunción “crea” un nexo lógico entre un concepto fáctico y un concepto normativo. Esto sería una simplificación indebida de la naturaleza del proceso de la subsunción. En efecto, es posible subordinar el concepto fáctico electricidad al concepto jurídico cosa; pero también es posible, y cuando lo hacemos procedemos de idéntica manera, equiparar la responsabilidad derivada de la guarda de una cosa a la responsabilidad derivada de los hechos ilícitos (Art. 1185 del Código Civil venezolano). En esta última hipótesis, la interrelación lógica de las dos figuras admite la misma consideración bifronte ya anotada, pero a un nivel más general, como parte de la operación que tiende a determinar el deber ser concreto. La subordinación del concepto fáctico al concepto normativo puede presentar dificultades serias que no atañen, exclusivamente, a la **naturaleza** del primero. Así, la jurisprudencia venezolana ha considerado el concepto de electricidad como subsumible en el concepto cosa, a los efectos de atribuir responsabilidad a una empresa de energía eléctrica, en caso de accidente. Pero la jurisprudencia del Tribunal del Reich (Vid. K. Engisch, op. cit. pág. 65) ha decidido que la electricidad no puede ser subsumida dentro del concepto de cosa, y el legislador se vio obligado a dictar en 1900 una ley especial para castigar el apoderamiento de energía eléctrica. Obviamente la diferencia entre ambas decisiones no depende tanto de la naturaleza de la cosa subsumible como de la justificación de la subsunción misma. En el caso de la responsabilidad por la guarda de las cosas inanimadas, el juez extiende el alcance del concepto normativo, porque le parece razonable exigir, a quien tiene la responsabilidad de prestar el servicio de ener-

gía eléctrica, la obligación de indemnizar los daños derivados de la prestación de dicho servicio. En cambio, en el caso de hurto o “sustracción no autorizada de electricidad, realizada desviando secretamente la corriente de los cables de la calle”, la violación del principio de legalidad (**nullum crimen sine lege**) pareció al tribunal alemán más grave que el dejar sin sanción el fraude cometido por el usuario. La aplicación estricta de la ley por el Tribunal del Reich declaró la no subsumibilidad del concepto electricidad en el concepto cosa no porque la electricidad no fuera una cosa sino porque, al considerarla como tal, se vinculaba **a posteriori** la responsabilidad del usuario, se violaba el principio de legalidad y se afectaban, en consecuencia, los valores de libertad individual y de certeza jurídica. El problema de la justificación de la subsunción, aunque importante, no será tratado aquí, puesto que el objeto de esta referencia es hacer ver que la determinación de los conceptos normativos no es una operación lógica sino un problema axiológico. Restringir o extender la extensión de una **categoría** es, pues, el resultado de una valoración y no simplemente el producto de la subordinación lógica de un concepto fáctico a un concepto normativo. Las dificultades pueden provenir también de los hechos jurídicamente relevantes que es necesario comprobar o verificar. En muchos casos, el legislador recurre a ciertos medios técnicos para facilitar la verificación del hecho al que debe atribuirse las consecuencias previstas en la ley. “Una proposición empírica universal –dice Schreiber– afirma que sobre la base de determinados hechos es posible esperar, con un determinado grado de probabilidad, la existencia de otros hechos. Por ejemplo, del choque de un vehículo con un objeto inmóvil puede inferirse con un alto grado

de probabilidad que la causa del accidente es la conducta culpable del conductor” (R. Schreiber, op. cit. p. 98). Y la presunción de muerte por accidente (Art. 438 del Código Civil venezolano; Art. 88 y 89 de la Ord. Francesa de fecha 238.58; Art. 112 del Código argentino; Art. 705 del Código Civil mexicano; Art. 10 del Código Civil brasileño); y la conmorienca (Art. 994 del Código Civil venezolano; Art. 4 del Código Civil italiano, Art. 109 del Código Civil argentino; Art. 1287 del Código Civil mexicano; Art. 11 del Código Civil brasileño), tienen por objeto eliminar las controversias que pudieran suscitarse respecto de las consecuencias jurídicas derivadas de la oportunidad de la muerte del causante. La previsión legal suele ser más compleja que la que consagra la conmorienca respecto de la regulación del régimen de sucesiones y de la vocación hereditaria, como es el caso de los Códigos Civiles francés y belga (Art. 720 de ambos Códigos) en los cuales se establece la presunción intermedia (Gény) de la premoriencia en función de las circunstancias del hecho y, en su defecto, de las condiciones de edad y sexo de las personas cuya muerte se presume. Es claro que, por lo demás, en todos estos casos, el recurso técnico (presunción) que facilita la comprobación del hecho es el resultado de la valoración del legislador, por más que la presunción tenga un fundamento causal, es decir, de probabilidad inductiva o estadística (R. Schreiber, ídem). En efecto, “desde el punto de vista político-jurídico puede convenir establecer diferentes exigencias respecto al grado de confirmabilidad para los diferentes fines de la prueba”, lo cual hace de la verificación anticipada del hecho presumido una cuestión semántica. Una figura interesante y controvertida, que tiende a facilitar la determinación del hecho antiju-

rídico, es el principio “la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento” (Art. 2 del Código Civil venezolano; Art. 20 del Código Civil argentino; Art. 3 del Código Civil brasileño; Art. 21 del Código Civil mexicano; Art. 2 del Código Civil uruguayo). El principio en cuestión excluye la procedencia de la justificación del hecho antijurídico por ignorancia de la ley y desplaza el enfoque del asunto al momento de la iniciación de la vigencia del derecho. Se habla por eso de una presunción de conocimiento de la ley a partir de su publicación en el periódico oficial. (La Corte de Casación belga, p. ej., en jurisprudencia reiterada, habla de una presunción de conocimiento de la ley por los ciudadanos a partir de la publicación de la ley en el “Monitor Belga” y la expiración de la **vacatio legis** respectiva: décimo día después de su publicación, a menos que la ley haya fijado un plazo distinto: Ley relativa al empleo de las lenguas en materia legislativa, a la presentación, publicación y a la entrada en vigencia de los textos legales y reglamentarios de fecha 31.05.1961). Conforme a la Ord. del Rey de fecha 27.11.1816, en Francia las leyes serán reputadas conocidas un día después que el Boletín de Leyes (Hoy Periódico Oficial de la República Francesa) haya sido recibido de la Imprenta Real por el Canciller Ministro de la Justicia, el cual certificará en un registro ad hoc, la fecha de la recepción. La misma Ordenanza establece un sistema de iniciación de la vigencia sucesivo. El Art. 1º del Código Civil venezolano prescribe, por su parte, que la ley es obligatoria desde su publicación en la Gaceta Oficial o desde la fecha posterior que ella misma indique. La publicación en el periódico oficial es, pues, una condición, o mejor, una fase del proceso de formación de las leyes. Es, además, un medio de consagrar el carácter de

públicos, es decir, de obligatorios, de las Leyes, Decretos, Resoluciones y demás actos oficiales emanados de las autoridades competentes (Art. 14 de la Ley de Publicaciones Oficiales venezolana, de fecha 22 de julio de 1941). En el análisis de este problema se suele considerar también la publicación efectiva de la ley como posibilidad de acceso al o de conocimiento del texto legal publicado. Esta posibilidad efectiva de conocimiento es el aspecto intersubjetivo de la publicación de la ley. Aunque no sería lógico hacer de este hecho un momento del proceso de formación de las leyes (aparte de la iniciación, discusión, sanción, promulgación y publicación), es claro que, en ciertos casos, condiciona la fuerza obligatoria del derecho. Piénsese en la teoría del error invencible y en la doctrina del error de derecho. Pero cualquiera sea el alcance que se atribuye a este momento, nosotros pensamos que la vigencia del principio “ignorancia iuris non excusat” o las excepciones que al mismo puedan admitirse, son más bien ingredientes de la teoría de la ilicitud (tanto civil como penal), desde que la culpa **lato sensu** (conciencia de la antijuricidad de la acción) es, a veces, decisiva en la determinación del hecho de conducta al que se imputa la consecuencia coactiva (A. Weill, **Droit Civil, Introduction générale**, Paris, Dalloz, p. 281). Por eso, el principio “ignorantia iuris non excusat” tiene que referirse a la antijuricidad objetiva del hecho y no a la conciencia de la antijuricidad, lo que fundamenta, en casos excepcionales, expresamente previstos por la ley, la justificación de su incumplimiento. Particularmente notable es el caso del Código Civil mexicano, Art. 21, que exime de sanciones a quienes, por notorio atraso intelectual, ignorancia, alejamiento de los centros poblados, o situación económica miserable, infrin-

jan las leyes de la República. La intención social y pedagógica de esta norma sólo admite reservas respecto de las leyes de orden público. La tesis de que el principio comentado es un capítulo de la teoría de la ilicitud se muestra igualmente válida en la doctrina del error de derecho (Art. 1147 del Código Civil venezolano) donde se trata de conciliar el valor de certeza, implicado en dicho principio, con el principio de la autonomía de la voluntad y del predominio de la equidad y la buena fe en el dominio de las relaciones jurídicas convencionales. En términos generales puede decirse que tanto la acomodación como la subordinación, son parte de la teoría de la interpretación y que la aptitud de los conceptos normativos para **comprender** virtualmente los conceptos fácticos no incluidos de modo expreso en aquéllos, no es, **stricto sensu**, una cualidad lógica. Es en este momento cuando el problema de la asimilación vuelve a presentarse, pues el proceso de igualación de las relaciones sociales provoca un conflicto de principios que culmina con la elaboración de nuevos esquemas de interpretación de la conducta. Así, la figura de la responsabilidad derivada del ejercicio de la actividad peligrosa (responsabilidad legal: Gény, op. cit. p. 283),⁴ implica una igualación de la relación extraconvencional nacida de condiciones económicas, sociales y técnicas determinadas, con la responsabilidad cuasi-delictual clásica, pero la ausencia de falta en la primera, causa una antinomia de principios que se resuelve de modo típicamente jurídico: se igualan las relaciones y se presume la falta (lo

⁴ “Ce qui était auparavant responsabilité quasi délictuelle, sur la base d’ une présomption de fait, est devenu responsabilité purement légale” (Gény alude la responsabilidad patronal por accidente de trabajo).

mismo que en el caso de la responsabilidad derivada de las cosas inanimadas); no obstante, el disimulo en la violación de principios de que la obligación de indemnizar se fundamenta en la culpa del agente del daño no impide la creación de una nueva forma de responsabilidad. El jurista suele comportarse, respecto del problema social, de modo análogo a como lo hace el investigador científico con los hechos específicos de su dominio. En efecto, el científico conoce dos clases de investigación científica: la normal que, a partir de una teoría, encuentra explicaciones verificables a los fenómenos que caen bajo su dominio; y la extraordinaria que, partiendo de una anomalía que ninguna explicación parece justificar, propone una nueva teoría que es igualmente aplicable a los fenómenos interpretados por la teoría antigua (Vid. T.S. Kuhn, **La estructura de las revoluciones científicas**, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, trad. de Agustín Contin, pp. 93 y sgtes.). La comparación es, sin embargo, aproximada, pues la actividad del jurista difiere de la del científico en algunos aspectos esenciales. Prescindiendo de detalles podemos decir que el jurista no generaliza como el científico sino que tipifica (Vid. supra, III.2.) y que la explicación del caso anómalo no exige su compatibilidad con un nuevo sistema total sino con una pluralidad de sistemas nacidos de la consideración tópica de los problemas (Cf. Th. Viehweg, **Topik und Jurisprudenz**, München, Verlag, C. H. Beck, 1963, p. 83). El modo de pensamiento jurídico conduce, pues, desde el problema, a una pluralidad de sistemas, sin que sea necesario comprobar su compatibilidad respecto de un sistema más amplio. Podemos concluir, entonces, que la asimilación y la subsunción son procedimientos que determinan la extensión de los conceptos nor-

mativos, pero que la diferencia entre ambos consiste en que la primera supone siempre un proceso de construcción, mientras que la segunda suele determinar directamente la extensión de dichos conceptos. En la medida en que la extensión del concepto normativo es pragmática, la subsunción del concepto fáctico anómalo puede lograrse por acomodación y subordinación, es decir, desplegando la extensión virtual de la **categoría**. En el fondo es una diferencia de grado y como el momento decisivo de la vigencia del derecho es la determinación del deber ser concreto, la acomodación y subsunción nos reenvían, necesariamente, al proceso de asimilación permanente con el que el derecho autorregula su propia creación y aplicación.

V LA FICCIÓN

1. LA FICCIÓN COMO ASIMILACIÓN:

En una primera aproximación al tema podemos decir que la ficción es un procedimiento de asimilación de relaciones sociales distintas a fin de obtener la misma solución práctica (Vid. R. Dekkers, p. 10).⁵ Así, cuando el Art. 17 del Código Civil venezolano consagra el principio *infans conceptus pro iam nato habetur, quotiens de eius commodo agitur*, asimila la condición del **nasciturus** a la de la persona física. Una asimilación análoga se opera cuando se establece en el Art. 19 **eiusdem** el sistema de adquisición de la personalidad jurídica con la protocolización del acta constitutiva de las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado. El carácter convencional de la asimilación se muestra en la polémica surgida respecto a la naturaleza de la personalidad jurídica colectiva, y, por ende, al papel de

⁵ “En quoi consiste cet expédient? En une assimilation, une confusion consciente entre deux catégories juridiques distinctes: celle de citoyen romain et celle de pérégrin. Cette confusion est déterminée par le désir d’atteindre pour chacune d’elles la même solution pratique, alors que le droit existant en fournit de différents”.

la autoridad competente en el inicio de su existencia. En efecto, que la persona jurídica tenga una existencia ideal (Art. 31 del Código Civil argentino), por oposición a la existencia visible de las personas naturales, o que incluso no sea más que un patrimonio afecto a un fin, en cuyo caso, como afirma Planiol, su lugar no está en la teoría de las personas sino en la teoría de los bienes (Cf. R. Dekkers, *ibídem*, p. 219);⁶ que la iniciación de la existencia de las personas morales requiera, generalmente, la simple inscripción en el Registro **ad hoc** (Art. 19 del Código Civil venezolano; Art. 18 del Código Civil brasileño); o el reconocimiento, concesión o autorización de la ley o del Estado (Art. 45 del Código Civil argentino; Art. 12 del Código Civil italiano; Art. 21 del Código Civil uruguayo); o que se prescriba para las organizaciones cuyo fin no es la explotación comercial de una actividad económica (asociaciones) el sistema de la inscripción (Art. 21 del BGB); y el sistema de la concesión del Estado para las organizaciones que tienen por fin la explotación comercial de una actividad económica (Art. 22 **eiusdem**); revela, por una parte, la infecundidad de la discusión sobre la naturaleza de las personas jurídicas, y, por otra, la importancia práctica de la noción de personalidad moral, la cual traduce, de manera eficiente y cómoda “la generalidad y permanencia que suponen los intereses colectivos” (Vid. León Julliot de

⁶ “L’étude de ce qu’on est convenu d’appeler ‘les personnes fictives’, observe Planiol (Tr. él., éd. Ripert, 1, note p. 1053) n’est pas à sa place au milieu de la théorie des personnes’. Il est plus logique de la faire entrer dans la théorie des biens”.

la Morandière, **Droit Civil**, Tome I, Paris, Dalloz, 1963, p. 182).⁷ El efecto declarativo de la partición (Art. 1116 del Código Civil venezolano; Art. 3503 del Código Civil argentino; Art. 883 del Código Civil francés; Art. 757 del Código Civil italiano) es también un procedimiento técnico que no asimila al heredero (sucesor a título universal) al adquirente (a título particular), en relación con todos los efectos comprendidos en su lote, de modo que se considera que aquél nunca ha tenido el dominio de los otros bienes de la herencia. Tal efecto es definido por la jurisprudencia venezolana (Vid. O. Lazo, p. 573) como la sanción del principio de que “la partición no es título traslativo de dominio, sino declarativo de la propiedad”. En los casos citados, el proceso de asimilación es un esfuerzo deliberado de la voluntad del órgano competente, destinado a igualar relaciones sociales distintas por su **naturaleza**, pero esencialmente análogas en cuanto a su función. La construcción jurídica implicada en este proceso de asimilación presenta características propias que es preciso analizar y distinguir.

2. LA FICCIÓN COMO IGUALACIÓN:

Al concebir la ficción en términos de asimilación de situaciones vecinas que presentan caracteres esenciales análogos (Cf. F. Gény, op. y tom. cit. pp. 381 y 382; R. Dekkers, op. cit. p. 92), se impone la distinción entre la analogía y la

⁷ “Toutes les critiques adressées à la notion de personnalité morale n’ont guère ébranlé son importance pratique. C’est là une construction juridique non seulement commode, mais traduisant mieux qu’aucune autre la généralité et permanence que supposent les intérêts collectifs”.

ficción.⁸ “Enneccerus y Nipperdey dicen con respecto a la analogía: ‘El juez tiene él mismo que crear en primer lugar, partiendo del espíritu de la ley, de los principios y tendencias generales, es decir, de las valoraciones de intereses que se manifiestan en sus prescripciones. Esta creación jurídica a partir de la ley la llaman analogía... analogía es la extensión (aplicación extensiva) de principios que pueden obtenerse de la ley, a casos que son jurídicamente similares a los resueltos por la ley, es decir, son iguales en las partes relevantes para el fundamento de la decisión (son esencialmente iguales)” (Vid. R. Schreiber, p. 67). No interesa a nuestros fines distinguir, teóricamente, la analogía de la interpretación extensiva. Prescindiendo del hecho de que la primera es un medio de integración y la segunda de interpretación, ambos recursos parten del derecho establecido para resolver la imprevisión explícita de la norma general, a través de una igualdad jurídica “esencial” declarada por el intérprete entre la relación social prevista y la que suscita la argumentación analógica. Analicemos algunos ejemplos simples, a fin de precisar mejor nuestras ideas. Cuando en las puertas de un establecimiento se lee “Ni perros, ni bicicletas”, la enunciación de la prohibición no impide que el acceso sea igualmente negado, por analogía, a las motocicletas. Una bicicleta es “esencialmente” igual a una moto a los efectos de la prohibición del acceso al establecimiento. Al razonar de este modo se declaran iguales las situaciones vecinas y se le imputan las mismas con-

⁸ “...si la fiction est une assimilation nécessaire, c’est parce qu’elle place un cas exceptionnel non prévu, sous l’empire d’un principe consacré, tenu par essentiel et immuable, c’est dans cette extension analogique que nous voyons le rôle propre de la fiction” (Dekkers).

secuencias previstas en la norma. El intérprete puede utilizar también una modalidad del argumento **a simili** (el argumento **a fortiori**) sosteniendo que la prohibición para las motos se deriva de la prohibición para las bicicletas, no sólo porque son objetos análogos que crean situaciones análogas, sino porque el acceso de las motos al establecimiento es más inconveniente y perturbador que el de las bicicletas. Pero la aplicación del argumento analógico no es forzosa en casos como éstos. Ya se ha visto que el antiguo Tribunal del Reich (Vid. supra, IV. 3.) se negó a castigar como hurto el apoderamiento de energía eléctrica, porque “creyó que la electricidad no podía ser subsumida dentro del concepto de cosa”. Sólo razones de orden axiológico, según hemos señalado, pueden justificar la escogencia del argumento **a contrario** para impedir la extensión analógica del precepto interpretado. El Tribunal del Reich negó validez al argumento **a simili** y restringió el alcance de la ley mediante una argumentación **a contrario**, pese a la evidencia del fraude, al que corresponde una censura “en virtud de un sentimiento ético jurídico, de una exigencia de la vida de relación de protección contra el daño de los bienes jurídicos” (Engisch, op. cit. p. 65). Ahora bien, las consecuencias de este modo de razonar no se limitan a la solución del caso, sino que se extienden a todo el ordenamiento jurídico. En efecto, la aplicación del argumento **a contrario** en la sustracción de electricidad y la vivencia de que el fraude debía ser castigado impulsaron un cambio de la legislación vigente hasta entonces, en el sentido de castigar el apoderamiento de energía eléctrica. Hubo en el caso citado, pues, un claro conflicto de valores que fue resuelto con la absolución del inculpado de sustracción de

electricidad y con la puesta en marcha del mecanismo legislativo, a fin de castigar el fraude que el respeto al principio de legalidad había impedido sancionar. La valoración del Tribunal restringió el alcance de la ley, pero, al mismo tiempo, incitó al legislador a castigar, mediante una ley especial, el apoderamiento subrepticio del “fluido” eléctrico. La técnica del argumento **a simili** puede lograr los mismos resultados, cuando una hermenéutica audaz declara la igualdad esencial de situaciones análogas. En el derecho privado, y sobre la base de valoraciones diferentes, la jurisprudencia venezolana ha llegado a una solución completamente distinta respecto de la **naturaleza** de la electricidad. En tal hipótesis, la modificación del derecho existente se opera por vía judicial, sin que sea preciso inducir el cambio por vía legislativa. La diferencia radica en que la igualdad esencial *declarada* por el juez permite la subordinación formal del caso extraordinario al supuesto de hecho normativo, lo que extiende el alcance de la norma sin modificar el texto de la ley. Un recurso similar al de la analogía es, sin duda, la ficción. Pero así como la analogía se distingue netamente del argumento **a contrario**, la ficción no debe confundirse, desde el punto de vista técnico, con la extensión analógica. Teóricamente, las diferencias entre analogía y ficción pueden resumirse así: a) la analogía implica una *igualdad* de las relaciones sociales comprendidas dentro de la misma **categoría**; b) la *igualdad* consiste en *declarar* que un caso extraordinario es esencialmente igual a los casos resueltos por la ley, es decir, igual “en las partes relevantes para el fundamento de la decisión”; c) la *igualdad* permite concebir la solución del caso extraordinario como una subsunción si bien “como una subsunción

nueva, única, distinta de la subsunción simple y rutinaria” que no suscita el esfuerzo integrador; a’) la ficción, en cambio, implica una igualación o asimilación de relaciones sociales en cuanto a sus respectivas funciones, no en cuanto a la “naturaleza” de los casos considerados; b’) la ficción, desde este punto de vista, es más artificial que la analogía, pues el procedimiento técnico que la constituye no supone la igualdad de las relaciones, sino, al contrario, su diferencia esencial. La igualación no parte de la coincidencia de las relaciones igualadas” en razón de sus analogías esenciales”; parte más bien de una exigencia de tratamiento analógico, a pesar del reconocimiento, implícito o explícito, de la desigualdad esencial de las relaciones consideradas (Vid. supra, III. 3.)^[*]; c’) la ficción, en tanto que igualación funcional de relaciones esencialmente distintas, conduce a la construcción jurídica, es decir, a la generación de nuevas **categorías** y de nuevos esquemas de comportamiento. La ficción modifica formalmente el derecho existente sin que sea necesaria la intervención legislativa,

[*]Ernst Cassirer (**Mito y Lenguaje**, Buenos Aires, Galatea-Nueva Visión, 1959, trad. de Carmen Balzer, p. 95) dice que la consciente identificación de objetos reconocidos como diversos es una descripción perifrástica de una idea mediante los términos de otra. Desde el punto de vista semiótico se trataría de una metáfora, es decir, de una conversión por convención, en virtud de la cual se sustituye “A” por /B/ (Eco, **La Estructura ausente**, Barcelona, Lumen, 1972, trad. de Francisco Serra Cantarell, p. 197). En la técnica del pensamiento problemático, la correlación sobre el eje del sistema no se basa, sin embargo, es una descripción perifrástica de la proximidad **in absentia** de las unidades lingüísticas, sino, al revés, en un modo elíptico de construir una **categoría** por transposición de conceptos (Cassirer, *ibidem*; vid. supra, p. 32). Obviamente la proximidad (contigüidad) sobre el eje del sintagma permite la sustitución metonímica según la cual /B/ se convierte en una de las connotaciones de A (Eco, *op. cit.* p. 198). En sentido similar Wilbur Marshall Urban dice que “la metáfora es... esencialmente descubrimiento de nuevos sentidos y su fijación y determinación por medio de nombres ya conocidos”, “una determinación más precisa de un concepto nuevo por un nombre ya conocido” (**Lenguaje y realidad**, México, FCE, trad. de Carlos Villegas y Jorge Portilla, 1952, pp. 144 y 147). [Vid. infra, p. 81].

aunque, como veremos en su oportunidad, la ficción aparezca, después de la modificación de la ley, como la explicación racional de las nuevas **categorías** consagradas por el legislador. En la encrucijada del argumento **a simili** y del argumento **a contrario**, la ficción cumple su tarea igualadora, sin solución de continuidad, es decir, declarando (implícita o explícitamente) la improcedencia de la subsunción (lo que equivale a razonar **a contrario**), pero asimilando la relación nueva a algún esquema primario de comportamiento (lo que equivale **a razonar a simili**), para obtener una misma solución práctica.

3. LA FICCIÓN COMO EMPLEO CONSCIENTEMENTE INEXACTO DE CATEGORÍAS EN VIGOR:

La opinión más extendida sostiene que la ficción consiste en el empleo conscientemente inexacto de categorías jurídicas, en la consagración de una realidad natural, en la afirmación de un supuesto falso o en la derogación del derecho establecido (Vid. R. Dekkers, op. cit. pp. 23/25).⁹ Dekkers dice que la ficción es un procedimiento técnico que coloca un hecho, una cosa o una persona, en una **categoría** conscientemente inexacta, a fin de imputarle las consecuencias jurídicas de dicha **categoría** (ibídem, p. 86).¹⁰ Así, por ejem-

⁹ “A la différence de maint auteur... nous considérons la fiction juridique non point comme une “contravention aux faits naturels”, non point comme une chose “contraire à la science”, “ou artificielle” –le droit tout entier est artificiel en sa forme–, mais plus simplement comme un emploi sciemment inexact des catégories en vigueur”.

¹⁰ “...nous croyons pouvoir définir la fiction de droit un procédé technique qui consiste à placer par la pensée un fait, une chose ou une personne dans une catégorie juridique sciemment impropre, pour la faire bénéficier, par voie de conséquence, de telle solution pratique, propre à cette catégorie”.

plo, el artículo 528 del Código Civil venezolano considera inmuebles por destinación los animales de labranza; el hijo de padres venezolanos por nacimiento, nacido en territorio extranjero es venezolano por nacimiento, según el artículo 32, numeral 2 de la CRBV. El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación (presunción de filiación paterna). (G. Ripert, op. cit. p. 351); la condición se tiene por cumplida cuando el deudor obligado bajo esa condición impide su cumplimiento (Art. 1208 del Código Civil venezolano; 538 del Código Civil argentino; 1945 del Código Civil mexicano; 120 del Código Civil brasileño; 1178 del Código Civil francés; 1359 del Código Civil italiano); el Art. 1209 del Código Civil venezolano prescribe el efecto retroactivo de la condición cumplida (Art. 543 del Código Civil argentino; 1941 del Código Civil mexicano; 123 del Código Civil brasileño); la representación convencional atribuye al representado los actos cumplidos por el representante dentro de los límites de sus poderes, a tenor de lo dispuesto en el Art. 1169 del Código Civil venezolano. En los casos enunciados parece evidente el empleo **impropio** de **categorías** en vigor (considerar venezolano por nacimiento a quien ha nacido en territorio extranjero) o la consagración de una irrealidad natural (considerar inmueble a un animal de labranza). También parece claro que la ley prescribe disposiciones inconsistentes cuando establece el cálculo de la concepción y la ficción de la filiación paterna; así como se aparta de la consideración psicológica (natural) del acto al atribuir al representado los efectos jurídicos de la conducta del mandante. ¿Puede decirse, entonces, que la ficción “fábula” en el sentido de

proponer enunciados conscientemente falsos? Es evidente (supra, III. 2.) que la función “fabuladora” del discurso no puede proponer enunciados de esta clase sin incurrir en un absurdo pragmático. Lo que realmente ocurre es que las relaciones son asimiladas o igualadas “para ciertos propósitos”, de modo que sin llegar a identificarlos, como ocurre en el proceso de extensión analógica, se las puede tratar de acuerdo con las normas que la conveniencia exija. Por eso el Art. 123 del Código Civil brasileño dice, respecto del efecto retroactivo de la condición cumplida, que el término inicial suspende el ejercicio pero no la titularidad del derecho; o, como dice Dekkers, que no puede hablarse de retroactividad verdadera cuando de lo que se trata es de la consolidación de situaciones pendientes (R. Dekkers, op. cit. p. 75).¹¹ En el mismo sentido, aunque sobre una base teórica diferente, Kelsen sostiene que en la representación convencional no hay propiamente ficción de atribución de responsabilidad al mandante, sino de prescripción de actos jurídicos cuyos efectos, en virtud de la norma, son imputados a una persona distinta de quien los realiza. El uso de la expresión *ficción de atribución* es legítimo si se admite que hay actos que una persona pueda realizar con cargo o en provecho de otra, pero no lo sería si el papel de la atribución implica, como en el caso de la persona moral, la constitución de una entidad a quien haya que imputar los actos de su órgano o representante (Cf. H. Kelsen, op. cit.

¹¹ “Il y a tout d’abord une prétendue rétroactivité; celle qui, procédant en somme d’une faiblesse psychologique, ne repose que sur une image: c’est celle que l’on attribue à la consolidation des situations pendantes, et plus spécialement à l’accomplissement de la condition”.

p. 397; p. 303 de la edición alemana).¹² El empleo conscientemente inexacto de **categorías** en vigor sólo tiende, pues, a igualar determinadas relaciones, a fin de justificar la imputación de las mismas consecuencias jurídicas.

4. LA FICCIÓN ES UNA OPERACIÓN INTELECTUAL DERIVADA:

Al considerar los diversos casos que hacen procedente la asimilación, hemos visto que ésta toma como punto de referencia una **categoría** que es la que permite la igualación funcional de las relaciones asimiladas. Pero se ha visto también que, al igualar las relaciones, una nueva modalidad de la **categoría** surge, de modo que la relación asimilada se integra dentro de un nuevo esquema de comportamiento. Así sucede con las figuras del domicilio, la inmovilización de muebles por destinación, la representación o la persona moral, por ejemplo. La técnica de la construcción jurídica no elabora las nuevas **categorías** de manera directa, abstrayendo los momentos esenciales de las relaciones consideradas y tipificándolos en nuevos esquemas separados de los modos de pensamientos establecidos, sino que, a través de las **categorías** consagradas, la asimilación deriva nuevos esquemas que regulan las nuevas relaciones. Es evidente que esta manera de construir obedece a varias razones. Por una

¹² “L’usage de la fiction est au contraire anti-scientifique, lorsque l’on croit que l’attribution d’une fonction à une personne juridique c’est-à-dire le fait d’énoncer que la personne juridique corporation ou la personne juridique Etat remplissent la fonction exécutent une obligation ou exercent un droit par un organe, signifie que la personne juridique prise comme “porteur” de cette fonction, comme sujet de l’obligation dont cette fonction assure l’exécution, ou comme sujet de droit dont cette fonction constitue l’exercice – que cette personne juridique est un être réel, distinct des membres de la corporation ou de l’Etat”.

parte se trata de una forma cómoda de aprovechar el aparato intelectual del jurista en los aspectos en que la relación nueva puede interpretarse con los recursos existentes; por la otra, se satisface el afán de continuidad y de certezas propio del pensamiento jurídico, al concebir el desarrollo del derecho en función de un despliegue acumulativo de principios racionales. Todo esto explica que se pueda hablar, sin contradicción, de matrimonio putativo, de sociedades de hecho o de prenda de semovientes sin desposesión del propietario. Así, pues, en vez de construir **ex novo las categorías** con las cuales deben interpretarse las relaciones sociales nuevas, la técnica jurídica parte de una **categoría** establecida, asimilando relaciones distintas y derivando de la **categoría** que permite la asimilación nuevos esquemas de comportamiento. El jurista, a través de la ficción, rinde satisfacción a una teoría perimida que, como dice Gény, ha dejado en el derecho actual, huellas lo suficientemente notables para que parezca razonable conservarla (Gény, op. cit. pp. 378 y 379).¹³ Cuando se afirma que la ficción es una operación intelectual derivada (Dekkers, op. cit. 23) lo que se quiere significar es que, a diferencia de la construcción jurídica directa, la ficción construye a partir de los resultados obtenidos por ésta, lo que no impide la generación mediata de nuevas **categorías**.¹⁴ Por qué y cuándo prefiere el jurista la

¹³ “Je signalerai d’abord –sans y insister, en raison de leur importance minime– les fictions, n’intervenant que pour donner satisfaction à une théorie périmée, qui pourtant a laissé dans le droit actuel, des vestiges assez notables pour qu’il semble nécessaire de lui conserver sa place”.

¹⁴ “Tout système de droit se ramène à un ensemble de vérités conventionnelles; or la fiction juridique a pour effet de les dénaturer... Seule est en jeu la propriété des qualifications juridiques,... si ces qualifications reposent déjà sur des opérations intellectuelles, en l’occurrence l’abstraction, la fiction juridique constitue en quelque sorte, par rapport à elles, une opération intellectuelle au second degré”.

vía indirecta de la ficción para modificar el derecho existente es una cuestión ligada, como se ha demostrado ya, a los valores de certeza y de seguridad jurídicas de los que la función de orden es esencialmente tributaria.¹⁵

5. LA FICCIÓN OBEDECE A UNA NECESIDAD INTERNA:

El hecho de que la ficción sea una igualación funcional de relaciones sociales distintas no significa que la ficción pueda igualar arbitrariamente. No se trata de plantear aquí el espinoso problema de la naturaleza de la cosa, ya sea como esencia de los conceptos jurídicos fundamentales (doctrina jurídica **a priori** de Reinach), ya sea como sentido de las relaciones vitales humanas (teoría jurídica culturalista de Radbruch). Se trata más bien de indagar si el uso de la técnica de la ficción, tal y como se constata en el análisis del Código Civil, obedece a una cierta necesidad interna o es el resultado de la libre voluntad del legislador. Es claro que aun así, el problema no está muy bien planteado, pues la constatación de un nexo interno entre las relaciones igualadas no puede depender del hecho de la igualación misma, si es que se quiere elucidar el alcance del poder del órgano respecto a la construcción de las **categorías**. Sin embargo, podemos analizar la racionalidad de la igualación en cada caso, a fin de ver si las relaciones igualadas presentan alguna conexión necesaria. En efecto, si se considera el caso del

¹⁵ Vid. Arnaud, A. J.: *Essai d'analyse structurale du Code Civil français*, Paris, L. G. de D. et de J.: 1973, p. 16. "...le droit répugne au changement et aime à cacher la nouveauté sous des formules anciennes (domaine et propriété absolue; contrat et consensualisme); d'autres, en fin sont présentes en germe (responsabilité).

domicilio elegido, se observa que las partes constituyen una relación tópica especial para ciertos asuntos o actos, lo cual nada tiene que ver ni con la residencia efectiva de quien lo elige ni con su domicilio, en los términos en que lo define, por ejemplo, el Art. 27 del Código Civil venezolano. La determinación del domicilio es, en todo caso, el resultado de una técnica “**fabuladora**”. Pero el domicilio elegido muestra una dimensión más convencional por el hecho de que “el asiento principal de los negocios e intereses” en el que consiste la noción jurídica de domicilio, no sólo hace abstracción de la residencia efectiva de la persona, sino que incluye la fijación de la relación tópica del acto dentro de las estipulaciones para las que vale el principio de la autonomía de la voluntad. ¿Existe alguna conexión interna entre residencia y domicilio, o entre domicilio legal y domicilio elegido? Obviamente sí. En la base de las tres figuras existe el mismo principio de la condicionalidad tópica (espacial) de la relación jurídica. No importa que en la primera la condicionalidad sea concreta, mientras que en las dos últimas sea abstracta y exclusiva (“El domicilio de una persona se halla —dice el Art. 27 del Código Civil venezolano— en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses”; o “Se puede elegir un domicilio especial para ciertos asuntos o actos”: Art. 32 **eiusdem**). Lo que importa es que las relaciones puedan ser igualadas bajo el imperio de un principio capaz de asimilarlas funcionalmente. Si el domicilio elegido es una modalidad del domicilio no es porque constituya, de algún modo, parte de la vigencia espacial del negocio jurídico, sino porque la determinación convencional del domicilio es un aspecto negociable que facilita el cumplimiento y ejecución de la obligación contraída. La in-

movilización de los bienes muebles por destinación muestra, igualmente, una conexión interna entre la condición del mueble o, mejor, entre su función y la condición jurídica del inmueble. Los civilistas explican esta conexión en términos económicos, “por la condición... impuesta por el legislador para que los objetos muebles considerados como inmuebles no se separen, en detrimento de la utilidad que rinden en la propiedad inmueble de la cual son accesorios” (Vid. O. Lazo, op. cit. p. 372; vid. Art. 528 del Código Civil venezolano). La racionalidad de la representación convencional, de la continuidad de la persona del **de cuius** por sus herederos, del efecto declarativo de la partición, de la existencia de las personas morales, de la ficción de la prenda **consensual**, revela un nexo necesario no entre mandante y mandatario, entre difunto y heredero, entre posesión y dominio de la herencia, entre persona física y persona moral, o entre prenda real y prenda **consensual**, sino entre los efectos de las distintas relaciones, las cuales exigen, como resulta de un somero análisis, un tratamiento jurídico similar. Estas breves observaciones muestran que, sin tener que admitir una doctrina apriorística de las relaciones asimiladas, es notoria su conexión interna operativa sobre una base pragmática (analogía funcional de las relaciones).

6. LA FICCIÓN ES UNA TÉCNICA LIMITADORA:

La técnica de la ficción es, en principio, limitadora. Como su papel consiste en asimilar funcionalmente dos o más relaciones sociales distintas, y no en extender por analogía los alcances de una norma, la ficción iguala en los aspectos requeridos por los objetivos de la asimilación. Algunas veces la propia fórmula de la ficción consagra el dominio a los

límites de su aplicación. Así, el conocido aforismo “*infans conceptus pro iam nato habetur*”, autolimita su alcance con la cláusula “*quotiens de eius commodo agitur*”. La teoría de la personalidad moral limita los derechos y obligaciones de las personas colectivas a los que no sean inseparables de las condiciones **naturales** del hombre como edad, sexo o parentesco (Gény, op. cit. p. 417).¹⁶ La representación sólo produce efectos en provecho y en contra del representado cuando el representante ha actuado dentro de los límites de sus poderes (arts. 1169 y 1689 del Código Civil venezolano). La ficción de la extraterritorialidad de las embajadas sólo alcanza a fundamentar ciertas consecuencias jurídicas reguladas por el derecho internacional, como el derecho de asilo, la inmunidad diplomática o la sujeción de los agentes extranjeros al régimen fiscal de su país de origen. El efecto declarativo de la partición se limita a eludir las complicaciones que podrían derivarse de dos transmisiones sucesivas y a garantizar la unidad del régimen patrimonial de la herencia a partir de la muerte del causante. Es en este carácter limitativo donde radica la otra diferencia esencial entre analogía y ficción, pues los fines de la asimilación o igualación no llegan nunca a considerar la relación igualada como un caso que puede equipararse con aquellos cuya pertenencia a la clase ya ha sido establecida, sino que, al igualar funcionalmente las relaciones, la asimilación es sólo válida respecto a los fines perseguidos, lo cual implica siempre la construcción de una nueva **categoría**. El reconocimiento de la des-

¹⁶ “Les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l’homme telles que le sexe, l’âge ou la parénte” (Art. 53 du Code civil suisse, du 10/12/1907).

igualdad **esencial** de los casos y de la exigencia de igualdad en el tratamiento de sus resultados limita, por la razón misma de su finalidad, la asimilación a los efectos queridos por la técnica. Por eso, la ficción es un capítulo de la teoría de la integración.

7. LA FICCIÓN TIENE CARÁCTER PRAGMÁTICO:

En cuanto procedimiento técnico, la ficción se orienta a la satisfacción de ciertos objetivos concretos. En tanto buena técnica, tales objetivos deben ser alcanzados de la manera más práctica y simple. Ello explica que la función simplifique la regulación del caso, evitando procedimientos superfluos y aplicando las reglas y los principios de la **categoría** o **categorías** que permiten la asimilación, sólo en la medida en que ésta es necesaria. Es así como el efecto declarativo de la partición evita las complicaciones de dos transmisiones sucesivas e impide la solución de continuidad en el régimen patrimonial de la masa hereditaria. Pero la dimensión pragmática de la ficción no se limita a los casos para los cuales ha sido concebida, sino que se extiende a los fines de certeza y de orden propios de todo el sistema jurídico. Por eso la ficción satisface el interés del jurista en orden a lograr soluciones nuevas como si fueran el resultado de un despliegue de la virtualidad de los principios y categorías del derecho existente. A través de una técnica de economía de los medios jurídicos, la ficción manipula los recursos disponibles, regula de antemano los efectos de la relación mediante la igualación funcional, y asegura la continuidad en la evolución del derecho, logrando que la transición entre la fórmula antigua y la fórmula nueva no aparezca como la violación de principios consagra-

dos o como el abandono de teorías perimidas. El carácter **tópico** del razonamiento jurídico facilita esta tarea, pues, según se ha visto, la técnica del pensamiento problemático conduce desde el problema a una pluralidad de sistemas, y no a un sistema único cuya compatibilidad haya que comprobar respecto de un sistema más amplio. En una palabra, la ficción satisface, al mismo tiempo, exigencias de progreso y de **estatismo** en el derecho. De progreso, porque la técnica de la ficción modifica el derecho existente, mediante la asimilación funcional de las relaciones; de **estatismo**, porque la construcción es mediata, es decir, implementada como si los grandes principios del sistema se mantuvieran intangibles y la génesis de las nuevas estructuras no fuera nunca una creación enteramente nueva. De allí que Gény sostenga que la ficción interviene para insertar, en un sistema de conceptos, estrecho y rígido, conceptos nuevos, que no coinciden exactamente con los conceptos establecidos (Gény, op. cit. p. 377).¹⁷ Podemos concluir afirmando que la ficción es un procedimiento técnico de asimilación que consiste en la igualación interna, funcional y derivada de relaciones esencialmente disímiles, practicada conforme a un empleo impropio de **categorías** primarias, y con el objeto de obtener una misma solución práctica.

¹⁷ “La fiction intervient, pour insérer dans un système de concepts, étroit et rigide des concepts nouveaux, qui ne coincident pas exactement avec les premiers. En même temps, le résultat s’opère par voie logique, non pas, comme certains l’ont dit, à titre de simple expédient terminologique, mais en déformant par un effort d’intellect, les contours du concept primitif (fonction, dite dogmatique, de la fiction)”.

8. FUNCIÓN HISTÓRICA Y FUNCIÓN DOGMÁTICA DE LA FICCIÓN:

Gény observa que la ficción es un recurso técnico propio de la ley positiva. Al oponer la ley positiva al derecho natural, en relación con la técnica de la ficción, muchos subrayan el carácter convencional y hasta arbitrario de esta última. Por eso se habla de desnaturalizar los hechos o de derogar el derecho vigente, cuando el jurista piensa las relaciones sociales en función de una **categoría** establecida para relaciones sociales diferentes. El carácter artificial de la ficción surge del hecho de que la asimilación de las relaciones ignora deliberadamente la desigualdad intrínseca de las mismas, y se limita a igualarlas en cuanto a su tratamiento. Tener, como se ha visto, a un peregrino por ciudadano romano, o a un animal por inmueble, es obra de la voluntad del órgano y no obedece a ningún proceso lógico de inferencia o deducción. Ya se ha indicado, sin embargo, que la asimilación de las relaciones responde a una cierta necesidad interna. Pero esta necesidad interna más que una exigencia basada en la **naturaleza** de las relaciones asimiladas, es una exigencia pragmática que sólo considera la forma de la asimilación y que no estima decisivas las relaciones concretas para las que se prescribe la misma disposición legal. Desde este punto de vista, J. N. Berger acierta cuando dice que toda creación jurídica reposa primitivamente sobre ficciones (Vid. Gény, op. cit. p. 368). En efecto, el derecho primitivo se desenvuelve, a partir de ciertos principios prescriptivos, no por vía de deducción sino por vía de determinación de la voluntad social predominante. A falta de un nexo lógico o racional que garantice un desarrollo coherente, es el criterio de

utilidad el que induce la explicitación del querer de la comunidad, en términos de racionalización o justificación de las decisiones de la autoridad competente. Técnicamente el derecho aparece como el desarrollo de un despliegue de competencias, en el que las normas que resuelven los conflictos sociales son reconducidas, en cuanto a su contenido, a los principios que justifican la titularidad y el ejercicio de la facultad de normar. Desde este ángulo, el derecho es un vasto proceso de racionalización de la competencia pública, en un doble sentido, a saber: como modo de legitimar el poder político y como modo de concebir el derecho en tanto que explicitación de ciertas normas o principios básicos. Queremos significar con esto que, en el fondo, la continuidad del desarrollo del derecho es puramente técnica y, por ende, **ficticia**, dado que la coherencia del orden jurídico es pragmática y plurisistemática (Viehweg) y, de ninguna manera, la construcción de un sistema cuyas prescripciones estén lógica o empíricamente fundadas. No se nos escapa, sin embargo, que la afirmación de Berger es demasiado general y que el sentido estricto de la ficción exige un tratamiento más específico. Pero ello no impide reconocer que la naturaleza del proceso de racionalización es idéntica en la abstracción y en la asimilación, y que la construcción jurídica es eminentemente técnica, es decir, pragmática y formal. El largo proceso que considera al Derecho Romano, por ejemplo, como un grandioso paréntesis **in fieri** entre dos límites normativos codificados, o la ideología que concibe el derecho norteamericano como la puesta en obra de la Constitución de los EE UU son dos formas de aludir a la misma mentalidad racionalizadora, más allá de la explicación social, política y económica de su respectivo desarrollo histórico. Resulta de

lo dicho que la técnica de la ficción obedece a ciertas condiciones específicas que la distinguen de la construcción jurídica **lato sensu**. Esas condiciones han sido ya analizadas, pero vale la pena detenernos en el carácter asimilador o igualador de la ficción jurídica. Nosotros hemos observado ya que la ficción se distingue de la analogía porque aquélla implica una igualación y no, propiamente, una igualdad. Es allí donde radica la diferencia de grado entre asimilación y subsunción. Pero también hemos observado que la igualación no es arbitraria, y que, antes bien, obedece a una cierta necesidad interna. Esta necesidad interna reposa sobre la exigencia de regular, de la misma manera, relaciones sociales reconocidamente disímiles. No incurriremos en contradicción si esa necesidad puede ser considerada como externa respecto a la igualación del tratamiento y no a la igualdad de las relaciones asimiladas. Lo que queremos decir con esto es que, en la analogía, la necesidad del tratamiento depende de la subordinación **lógica** del caso anómalo al concepto normativo que lo incluye, de tal manera que su aparente exclusión de dicho concepto es entendida como una imprevisión legal subsanable por un esfuerzo hermenéutico del órgano. Si nos limitamos a la ficción jurídica **stricto sensu** habrá, pues, que concebirla en términos de técnica de integración, la cual iguala relaciones cuya desigualdad es expresamente reconocida por el jurista. En el uso de la técnica **ficticia** debemos distinguir la función histórica de la función dogmática. La función histórica alude al tránsito del derecho vigente al derecho nuevo de modo tal que, al lograrse la integración del caso único, su cometido queda agotado. Por eso Gény dice que la ficción “interviene para insertar, en un sistema de conceptos, estrecho y rígido,

conceptos nuevos que no coinciden exactamente con los primeros”, o para dar satisfacción “a una teoría perimida que, no obstante, ha dejado huellas lo bastante notables como para que parezca necesario conservarla”. Empero, como ya se ha indicado, el resultado de la función histórica “se opera por vía lógica... deformando, por un esfuerzo del intelecto los contornos del concepto primitivo”. “Se puede hablar –dice Gény– de una función dogmática de la ficción, merced a la cual el sistema adquiere más coherencia y consistencia teóricas, asegurando un desenvolvimiento espontáneo del mismo en orden a los resultados perseguidos”. Esta función es permanente y no se agota en el proceso técnico de integración. (Vid. Gény, op. cit. pp. 376/378).¹⁸ No parece correcto, en consecuencia, afirmar que, al consagrar legalmente la **categoría** nueva, la ficción aluda sólo a su función histórica, sin que sea preciso manejarla desde entonces como técnica de integración. La función dogmática de la ficción en realidad se muestra de muy diversas maneras. Bien sea como fórmula de disposición legislativa (domicilio, inmovilización por destinación, representación, efecto declarativo de la partición, personalidad moral), bien sea como fórmula de disposición científica (explicación racional de una regla concreta de derecho cuando rebasa el dominio de la prueba y excluye **a priori** toda posibilidad de prueba contraria, por medio de la alusión a su función histórica) o como medio de fundamentación de la decisión judicial (Vid. A. Ga-

¹⁸ “Grâce à la fiction, ce système acquerrait plus de cohérence et de consistance théorique, en même temps que se développeraient spontanément les résultats pratiques poursuivis,... il faudrait reconnaître à la fiction une fonction dogmatique, de caractère permanent”.

llet, cit. por Gény: op. cit. p. 378; y K. Larenz, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, Berlin, Göttingen, Heidelberg, Springer-Verlag, 1960, p. 172). Si se reconocen estos aspectos de la técnica **ficticia** podríamos concluir que, al incorporar la **categoría** nueva en el texto legal, la ficción pierde su dimensión heurística y acaba por ser una explicación doctrinaria o jurisprudencial de la fórmula de disposición legislativa. El problema de la función dogmática de la ficción será retomado en el párrafo relativo a su clasificación.

9. FICCIONES LEGALES, JURISPRUDENCIALES, NEGOCIALES Y DOCTRINALES:

En el tema de la clasificación de las ficciones nos atenderemos a sus fuentes, es decir, a su origen legal, jurisprudencial, negocial o doctrinal. Gény observa que los positivistas consideran que no puede haber ficción jurídica sin texto legal, lo cual trae como consecuencia que su interpretación sea de derecho estricto (Merlin y Laurent cits. por Gény, op. cit. pp. 420 / 421).¹⁹ Es evidente, sin embargo, que la ficción legal se limita a ser una simple explicación histórica o doctrinal de la prescripción legislativa, hasta tal punto que en relación con la ley, el uso de la fórmula de exposición científica (Gallet) resulta a menudo superfluo. Esto es lo que ocurre en algunos códigos recientes donde la técnica legis-

¹⁹ Pas de fiction sans texte... Et l'on en déduit logiquement non seulement que la doctrine et la jurisprudence restent impuissantes à créer des fiction de droit, mais encore que celles-ci doivent être contenues au domaine que leur assigne la loi, qu'elles ont pour limites nécessaires l'objet en vue duquel le législateur les a créées, bref qu'elles sont, a tous égards, de stricte interprétation".

lativa elude la referencia a la función histórica de la ficción y procede, por vía directa, a prescribir la solución querida por el legislador. Por supuesto este no es siempre el caso. Antes bien, la técnica legislativa suele hacer referencia expresa a la técnica de elaboración de nuevas **categorías**. Así, el artículo 1579 del Código Civil venezolano dice que “se entenderán que son ventas a plazo los arrendamientos de cosas muebles con la obligación de transmitir al arrendatario en cualquier tiempo la propiedad de las cosas arrendadas”. Esta disposición se explica porque la venta a plazos, que no existía en el Código Civil venezolano antes de 1942, había sido asimilada por la jurisprudencia a un contrato de arrendamiento de cosas a través del cual la propiedad se adquiriría con el pago de la última cuota, aunque el adquirente asumía los riesgos inherentes al uso y disfrute de las cosas “arrendadas”, desde el momento de la entrega. No obstante, resulta curioso observar que, fuera de la mención del Art. 1579 del Código Civil venezolano ya indicado, el artículo 1480 **eiusdem** consagra la venta con reserva de dominio, y que la ley especial sobre esta materia regula la relación jurídica surgida de las ventas a crédito directamente, sin recurrir al expediente de la asimilación a la figura del arrendamiento (Cf. Art. 2074 del Código Civil francés y Decreto del mismo país de fecha 30.9.1953; Art. 1523 del Código Civil italiano; arts. 2310 y 2312 del Código Civil mexicano). Quien consulte el Art. 1480 del Código Civil venezolano y la Ley sobre Ventas con Reserva de Dominio, no notará el origen **ficticio** de la venta a plazos, y es solo el artículo 1579 el que recuerda el proceso de construcción de la nueva **categoría**. El análisis del lenguaje del Código Civil es particularmente útil para develar la función histórica de la

ficción y para distinguir a ésta de la consagración directa de normas nuevas o del uso del recurso técnico de la presunción. Naturalmente, el análisis lingüístico no basta. El Código Civil venezolano utiliza, con gran descuido, expresiones que aluden, indistintamente, a las dos técnicas señaladas. Las locuciones más frecuentes son “se tendrá”, “se tiene”, “se considera”, “se reputa”, “se entiende”, “se juzga”, “se retrotrae”, aparte, por supuesto, de la expresión “se presume” que es propia del lenguaje “presuntivo”. De modo excepcional el artículo 1107 utiliza el término “ficticiamente” cuando prescribe lo relativo a la colación del dinero donado al hijo o descendiente que entra en la sucesión, aunque sea a beneficio de inventario. La simple lectura de este artículo, sin embargo, muestra que el legislador no consagra aquí ninguna ficción, sino que emplea un recurso cuantitativo para hacer la colación prescrita. Los verbos “se reputa”, “se considera”, “se juzga”, “se tendrá”, etc., suelen consagrar ficciones. (Cf. P. Pescatore, op. cit. p. 220). Pero en muchas oportunidades el lenguaje “presuntivo” emplea también estos giros como en los casos de repudiación presunta (Art. 1019 “se tendrá”); de presunción de herederos puros y simples (Art. 1020: “se reputarán”); de presunción de aceptación de la herencia pura y simplemente (Art. 1028: “se considerará”); de presunción de actos ejecutados en fraude de los derechos de los acreedores (Art. 1279: “se consideran”); de presunción de ventas en globo (Art. 1476: “se juzga”); de presunción de venta a ensayo previo, la cual se considera hecha bajo condición suspensiva (Art. 1478: “se juzga”); de tácita reconducción (Art. 1614 “se juzga”). Muchas ficciones admitidas por la doctrina y la jurisprudencia son prescritas por el legislador de manera directa. Así, el

Art. 19 sobre personas jurídicas; el Art. 25 del Código Civil y el artículo 32, numeral 2 de la CRBV, sobre nacionalidad venezolana por nacimiento; el Art. 32 sobre domicilio especial; el Art. 528 sobre inmovilización por destinación; el Art. 781 sobre continuidad de la posesión en la sucesión a título universal; el Art. 814 sobre representación sucesoral; el Art. 1169 sobre representación; el Art. 1751 sobre depósito **consensual**;²⁰ el Art. 1842 sobre prenda de semovientes sin desposesión del propietario.²¹ La técnica “presuntiva” suele utilizar también el lenguaje directo (A. Weill, op. cit. p. 278). Los casos más importantes son: Art. 2 sobre presunción de dominio en materia de bienes muebles; Art. 1193 sobre responsabilidad derivada de la guarda de las cosas inanimadas. En estos casos y en los previstos por presunciones establecidas por la ley, la presunción es un medio de interpretación. Su papel, al igual que el de la ficción en su dominio, es el de consagrar el fundamento de la prescripción (por qué o para qué ha sido establecida la norma respectiva). Pero como el efecto de la presunción es el desplazamiento del objeto de la prueba (en caso de dificultad o imposibilidad de la prueba directa) o la inversión de la carga de la prueba (cuando se garantiza el goce de un estado de cosas existente o de una situación adquirida por una prueba anteriormente hecha), aceptando como verdadero lo que **prima facie** aparece normal o verosímil, la técnica “presuntiva” es una modalidad de la subsunción y, por ende, un recurso esencialmente probatorio (Vid. infra, VI, 4.). Este aspecto distingue la presun-

²⁰ El artículo 1919 del Código Civil belga habla de “tradición ficta de la cosa depositada”.

²¹ Podemos hablar aquí (como en caso del depósito) de prenda “consensual”.

ción de la ficción, pues aquélla no asimila relaciones como ésta, sino que prescribe de modo cierto, a través de la subsunción (Vid. supra, III. 5.), el sentido probable de la relación social normada. Si esto es así, la presunción **iuris et de iure**, aunque produzca efectos similares a los de la ficción (tal es, p. ej., el caso de la presunción de conocimiento de la ley) es una técnica distinta de la asimilación **ficticia**. El sentido normal o verosímil de la presunción no se refiere tanto a la probabilidad de las consecuencias que la ley o el juez atribuye a ciertos hechos o actos, como a las circunstancias de que la relación entre el hecho conocido y el hecho desconocido, propia de esta clase de técnica (Arts. 1394 y 1395 del Código Civil), es un caso de determinación de la **categoría** por vía de acomodación o de subordinación de un concepto fáctico a un concepto normativo (Vid. supra, IV. 3.). En consecuencia, por muy artificial que parezca la presunción de conocimiento de la ley, su sentido es el que resulta de la subsunción y no de la asimilación. O dicho con otro giro: Cualquiera sea el grado de convencionalidad o artificialidad de la técnica “presuntiva”, sus resultados no implican la construcción de nuevas **categorías** (al revés de la ficción), lo que explica que su lugar no esté en la teoría de la integración sino en la de la interpretación (Cf. supra, V. 8.). En contra de la opinión de Decottignies (op. cit., pp. 16 y 17), Pescatore piensa que la ficción es un instrumento más propio de la técnica jurisprudencial que de la técnica legislativa (Pescatore, op. cit. p. 221).²² Y en efecto, si se obser-

²² “Mais la fiction garde toute sa valeur là où il n’est pas possible, ou désirable de changer la loi; la fiction est un instrument surtout aux mains des juridictions et de l’administration, plutôt qu’aux mains du législateur” (P. Pescatore, op. cit. p. 221).

va atentamente la función histórica de la ficción, se caerá en la cuenta de que es esencial a la técnica **ficticia** el giro indirecto que sólo es posible en la obra de los jueces, de los particulares y de los juristas. En el caso de la ficción legislativa el lenguaje elude a menudo, como se ha visto, este giro y, cuando lo consagra, su sentido es el de la explicación racional de la prescripción legal. Esta es la razón por la cual muchos autores piensan que la ficción se agota en su función histórica y que, consagrada legalmente la nueva categoría, el lenguaje **ficticio** sólo evoca el proceso de su construcción. Recordemos, no obstante, que la ficción implica siempre una extensión o modificación del derecho existente, a través de la “deformación” de los contornos del concepto primitivo, lo cual hace de su función dogmática una función permanente (Cf. Gény, op. cit. p. 376). En el derecho venezolano podemos señalar un caso de ficción no legal que ya ha sido resuelto legislativamente por algunos Códigos europeos. Nos referimos al contrato de superficie (**locatio para construir o concesión ad aedificandum**). Pero, asimismo, resulta interesante observar que la prescripción contenida en el artículo 1681 del Código Civil venezolano sobre la supervivencia de la personalidad de la sociedad para las necesidades de la liquidación es el resultado de una ficción jurisprudencial en Francia.²³ En cuanto a la concesión para edificar, la doctrina y la jurisprudencia venezolanas la han fundamentado en la excepción al derecho de accesión previsto por el Art. 555 del Código Civil. Según este artícu-

²³ “La société dissoute continue d’exister pour les besoins de sa liquidation” (Code Civil, Paris Dalloz, 1965, p. 766).

lo, “toda construcción, siembra, plantación u otras obras sobre o debajo del suelo, se presume hecha por el propietario a sus expensas, y que le pertenece, *mientras no conste lo contrario*, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros” (Cf. Art. 2519 del Código Civil argentino; Art. 896 del Código Civil mexicano; Art. 545. del Código Civil brasileño; Art. 553. del Código Civil belga; Art. 952. del Código Civil italiano; Art. 905 del BGB; Art. 749 del Código Civil uruguayo). La concesión para edificar es, pues, una construcción doctrinaria y jurisprudencial, elaborada a partir de la excepción a la presunción de accesión respecto de los bienes inmuebles, que, durante mucho tiempo, ha sido incluida por los actos negociables dentro de la categoría de comodato. Ello se debe a que en Venezuela no existe la **categoría** de la concesión para edificar (**locatio** para construir o contrato de superficie) como en Bélgica (Loi concernant le droit de superficie du 10.11.1824); Italia (arts. 952 y sgtes. del Código Civil italiano); Francia (Ley 64-1247 du 16.12.1964, J. O. au 18 décembre). Que la inclusión dentro de la categoría del comodato es obviamente impropia no parece discutible (recuérdese la inclusión de la venta con reserva de dominio [locatio-venta] en la categoría del arrendamiento), sobre todo si se observa que la concesión para edificar es un contrato solemne (el documento que lo acredita es **ad substantiam** y debe ser protocolizado en un registro ad hoc), y que constituye un **ius in re aliena** (derecho de superficie sobre las edificaciones). El régimen de condominio, implicado en la concesión para edificar, exige las formalidades de “solemnidad” y de “publicidad” a que se refieren las legislaciones belga, francesa e italiana, de modo tal que, si se omiten, el derecho de superficie se

convierte en un derecho personal frente al concedente. La excepción a la presunción de accesión del Art. 555 del Código Civil venezolano y la conveniencia del régimen de la concesión para edificar, régimen compatible con el principio de la autonomía de la voluntad, ha terminado por elaborar doctrinariamente una nueva figura, a través del mecanismo de la asimilación de una nueva relación socio-económica (el derecho de superficie) a una vieja **categoría** del Código Civil vigente (el comodato).²⁴ (En algunos casos, el contrato de superficie se lo ha llamado contrato de ocupación, lo cual también es evidentemente impropio, pues la ocupación es un modo de adquirir las cosas de nadie, conforme al Art. 797 del Código Civil venezolano). La técnica que estamos considerando presenta la particularidad de que fundamenta la construcción en una disposición “presuntiva” y de que utiliza un recurso directo, sin la intervención del legislador, para “enmendar” el procedimiento indirecto (ficticio) que, en nuestro país, ha utilizado la construcción negocial. Algo similar ha sucedido en el caso de la venta a plazos, con la diferencia de que en Venezuela, como se ha visto, existe ya una ley especial sobre esta materia. Queremos llamar la atención sobre la ficción negocial, porque la relación jurídica que suscita la construcción **ficticia** suele incluir la calificación normativa del negocio. Así, las partes califican la venta a plazos de arrendamiento y la concesión para edificar de

²⁴ Evidentemente la inclusión del contrato de superficie en la **categoría** de comodato exige que la concesión sea a título gratuito. Normalmente, sin embargo, se estipula la reversión de las construcciones en provecho del propietario del terreno por el transcurso del lapso contractual. Una cláusula de depreciación sucesiva es a menudo convenida a fin de que, al término del contrato, la reversión se opere gratuitamente respecto del propietario del terreno. Esta modalidad fue muy frecuente en los llamados campamentos de trabajadores construidos en Venezuela por las compañías petroleras.

comodato. En ambos casos se emplea una categoría impropia y se asimila la relación nueva a fin de regularla con los recursos legales existentes. El fundamento de esta técnica es el principio de la autonomía de la voluntad, es decir, la competencia privada atribuida a los sujetos de derecho para que puedan producir voluntariamente (negocialmente), efectos jurídicos (Cf. A. Weill, op. cit. p. 61).²⁵ El ejercicio de la competencia privada es auto-valorativo-negocial. El ejercicio de la competencia pública es, generalmente, heterovaloración. Lo que distingue la autovaloración de la heterovaloración es que, en esta última, los efectos jurídicos del acto afectan a personas que no han participado en el mismo, o que no han “querido” directamente dichos efectos. En algunos casos, la norma jurídica tiene un origen auto-valorativo-negocial, pero sus consecuencias se extienden a quienes no han participado directamente en su creación. Los contratos de adhesión y los contratos normativos presentan esta modalidad. Los primeros son actos-condición y los segundos actos-reglas. Ejemplo de acto-regla o, como lo llama Nawiasky, contrato normativo-corporativo, es el contrato colectivo de trabajo. El acto-regla es auto-valoración-negocial-representativa. Podemos decir que la contratación o negociación como proceso destinado a crear normas jurídicas, requiere el cumplimiento de ciertos requisitos: a) competencia personal; b) competencia de procedimiento; y c)

²⁵ “Le Code régleme longuement les effets généraux des contrats et ceux des contrats spéciaux traditionnels: la vente, l’échange, le louage... le mandat, le dépôt, le prêt, la société civile, le cautionnement, la transaction. Tous ces contrats peuvent être conclus sans forme exigée à peine de nullité et la plupart des textes sont ici interprétatifs de volonté; les parties peuvent en écarter l’application, inventer des contrats produisant effets” (Weill, A.: op. cit. p. 61).v

competencia material (A. Ross, **Sobre el Derecho y la Justicia**, Buenos Aires, Eudeba, 1963, trad. de G. Carrió, pp. 103, 104, 123). A veces, las condiciones de competencia de procedimientos son constitutivas como en el caso de los negocios solemnes. Gény no ve el carácter **ficticio** del contrato colectivo de trabajo en la *auto-valoración-negocial-representativa* que lo constituye, sino en la ficción de adhesión de los trabajadores al negocio suscrito por sus representantes (Gény, op. cit. p. 383).²⁶ Resulta claro, por lo que se ha dicho, que, en la medida en que los particulares son autorizados para crear normas individualizadas (competencia privada), son órganos del Estado y, en cuanto tales, capaces de construir **ficticiamente** nuevas **categorías** normativas. La calificación precisa de la relación suele ser obra de la doctrina, pero el empleo impropio de una **categoría** existente, por parte de los jueces o de los ciudadanos, es esencial a la técnica indirecta de la ficción. Queremos decir con esto que la impropiedad de la calificación más que un error científico, es una vía deliberadamente escogida por el órgano para dar satisfacción a una teoría perimida o para disimular la violación de los principios admitidos como base del sistema. La ficción doctrinal es una fórmula de exposición científica (Gallet) que explica la prescripción legal o que prepara la recepción de la **categoría** construida por el legislador. La diferencia esencial entre la ficción jurisprudencial o legal y la ficción doctrinal radica en que esta última es una modalidad de la técnica jurídica mientras que aquélla es un caso de

²⁶ “Récemment encore, on a pu relever une transformation de ce genre, dans la convention collective de travail, qui, par la voie des fictions d’adhésion aujourd’hui légalement consacrées... a évolué du ‘contrat’ au ‘statut’”.

actuación técnica (Vid. *supra*, I. 1). Los límites entrambas son, sin embargo, muy imprecisos, pues la **lex continuitatis** del derecho se asegura, a todos los niveles de la creación y aplicación jurídicas, incluidos el negocio y el proceso, a través de los actos constitutivos que producen el sistema del derecho. Es en tal sentido que Couture afirma que toda sentencia es constitutiva, pues aun en las sentencias declarativas “ha surgido algo nuevo..., a saber, la certidumbre que produce la cosa juzgada”. Si se analiza, por otra parte, la función del proceso puede observarse que la participación del abogado en el mismo, cuando es obligatoria, ofrece una mezcla de las dos dimensiones que integran el conocimiento técnico. Ello es tan cierto que la participación del abogado se justifica por la necesidad de ofrecer a las partes en conflicto una cooperación técnica de la que puede depender la solución correcta del caso. Esta observación es válida para los recursos de autodefensa, autotutela, autocomposición o asesoramiento en la producción jurídica negocial. El caso más notable de este dualismo lo encontramos en la obra de los jurisprudentes. “La originalidad de Roma –dice Villey– está en haber dispuesto de una clase de jurisconsultos al servicio del aparato judicial. Gentes de élite, cuya opinión gozaba de gran prestigio, revestida más tarde por los emperadores de auctoritas oficial, los jurisconsultos guían a las partes, dan a los jueces y a los magistrados responsa...” (Villey, *op. cit.* p. 36). La ficción doctrinal puede servir también de justificación ideológica a la política implicada en el orden jurídico. Tal es el caso de llamada función declarativa del juez y del de las lagunas. La función declarativa del juez está consagrada en el artículo 12 del Código Civil uruguayo (Art. 5 del Código Civil francés), según el cual “sólo toca al

legislador explicar o interpretar la ley, de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. (El Código francés dice que el juez no puede pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que le sean sometidas). No creemos que sea necesario insistir sobre el carácter ideológico y **ficticio** de estas disposiciones (Vid. supra, I. 3.) ni sobre el carácter esencialmente constitutivo de la sentencia (Cf. H. Kelsen, op. cit. pp. 242 y sgts.). Preferimos recordar el aforismo del juez norteamericano Hughes según el cual “el significado de una ley federal es el que la Corte Suprema dice que significa”, de modo que es con el sentido establecido por los jueces, y no con otro, que las leyes son impuestas como derecho a la comunidad (Vid. J. M. Delgado Ocando, **Programa de Filosofía del Derecho Actual**, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1969, p. 24), a fin de mostrar cómo el realismo jurídico *contesta* el dogma de la separación de los poderes y **devela** el mecanismo efectivo de la producción judicial del derecho. En cuanto a las lagunas, la ley prescribe a los jueces la obligación de integrar el derecho “cuando no hubiere disposición precisa de la ley” (Art. 4º del Código Civil venezolano). Es obvio que la teoría de las lagunas es una ficción que se desarrolla en la misma dirección de la del principio de la función declarativa del juez. Para no admitir el papel creador de los jueces (papel que proviene de valoraciones que pueden ser incluso **contra legem**), el legislador disimula la violación del principio del carácter declarativo de la sentencia, previendo una integración excepcional del caso para el que “no hubiese disposi-

ción precisa de la ley” (Cf. H. Kelsen, op. cit. p. 253; p. 331 de la edición francesa.²⁷ Finalmente uno de los ejemplos más interesantes de la ficción como fórmula de exposición científica es, sin duda, la teoría de las nulidades (Vid. Génny, op. cit. III, pp. 381-382, A. Weill, op. cit. pp. 295 y sges.). La inexistencia de la relación jurídica que viola disposiciones de orden público, o los efectos **ex tunc** de los actos declarados nulos, obedecen evidentemente al mismo principio de técnica **ficticia** que es propia de la asimilación funcional. Hay, sin embargo, una diferencia importante entre la relación asimilada lícita y la ilícita. Al igual que en el caso del argumento a contrario, la teoría de las nulidades restringe la extensión del concepto normativo: el primero, excluyendo el acto cuya regulación no “parece querida” expresamente por la norma (interpretación restrictiva); la segunda, declarando que el acto es antijurídico y, por tanto, incapaz de producir los efectos “queridos” por el órgano. En esta hipótesis, la antijuridicidad no significa tanto ilicitud **stricto sensu** como falta de competencia para producir los efectos jurídicos deseados. La nulidad imputada a un acto por ausencia de potestad jurídica (competencia personal, de procedimiento o competencia material) es el resultado de una asimilación de éste a la categoría de delito, pero sólo en la medida en que conviene a la regulación del acto. El matrimonio putativo y las sociedades de hecho ofrecen un buen ejemplo de esta técnica. La ficción tiene, pues, una función esencialmente pragmática. Su verdadero sentido es el de asegurar,

²⁷ “La fiction consiste à présenter comme une impossibilité logique d’application de l’ordre juridique l’absence dans l’ordre juridique d’une norme déterminée, que l’on désirerait, en vertu d’un jugement de valeur subjectif, politico-moral, de voir consacrer”.

como dice Dekkers, la continuidad en la evolución, es decir, el de lograr el progreso del derecho a través del despliegue de la virtualidad vinculante de los grandes principios normativos. (A. J. Arnaud, **Essai d'analyse structurale du Code Civil Français**, Paris, L. G. de D. et de J., 1973, p. 16).²⁸ La pretendida vigencia del derecho natural depende, en gran medida, de este eufemismo inmanente a la actitud del hombre de derecho. Es conveniente a la paz y a la seguridad jurídica que el cambio no parezca seguir el atajo de la solución de continuidad normativa.

²⁸ “Dans le raisonnement juridique se manifestent toutes les tensions créées par le désir de concilier la stabilité avec le changement, le besoin de continuité et celui d’adaptation, la sécurité avec l’équité et le bien commun”. (Perelman, op. cit, p. 13).

VI LA PRESUNCION

1. PRESUNCIÓN Y SUBSUNCIÓN:

Hemos visto que la diferencia entre ficción y presunción (supra, V. 9.) radica en que la primera es un procedimiento técnico de asimilación que consiste en la igualación interna, funcional y derivada, de relaciones esencialmente disímiles, practicadas de acuerdo al empleo impropio de categorías primarias y destinadas a obtener una misma solución práctica (supra, V. 7.); mientras que la segunda es un procedimiento técnico de subsunción, es decir, un caso de determinación de la **categoría** jurídica por vía de acomodación o de subordinación de un concepto fáctico a un concepto normativo. Ahora bien, ¿cómo opera dicha determinación? Gény, siguiendo a Ihering, formula el principio de cuantificación de los elementos originarios de las reglas. Según el maestro francés, la materia de los preceptos primordiales del derecho, tomados de la vida misma, está hecha de elementos frecuentemente indeterminados, sin fronteras netas, que representan ciertas cualidades de las cosas, y que no toleran la rigidez propia de los preceptos categóricos. Para adaptar estos elementos inconsistentes a su función es necesario modificar a su naturaleza originaria y

evaluar los imponderables, esto es, transformar las cualidades en cantidades, a fin de obtener una línea precisa y firme que garantice tanto la determinación de la conducta como la de los juicios (F. Géný, op. y tom. cit. p. 59). Así, cuando el legislador quiere determinar la capacidad personal, civil y política (mayoridad y derecho electoral), parte de la idea de que es mayor quien posee el discernimiento y la firmeza necesarios para proveer a sus propios intereses, y de que es elector y elegible quien tiene la “capacidad y la voluntad de contribuir al bien del Estado”. Como una determinación tan abstracta de estas condiciones crearía una fuente inagotable de controversias y abriría un campo libre a la arbitrariedad del juez, el legislador cuantifica dichas condiciones con el objeto de que puedan ser reconocidas concretamente de manera más fácil y más segura, por ejemplo, la edad cumplida de dieciocho años para la mayoría; la edad cumplida de dieciocho años, la no sujeción a interdicción civil ni a inhabilitación política, la residencia en el caso de las elecciones municipales para los extranjeros (ciudadanos electores); edad cumplida de dieciocho años, saber leer y escribir, no sujeción a ciertas restricciones (como ser venezolano por nacimiento, mayor de treinta años y de estado seglar para ser elegido Presidente de la República), aparte de las condiciones de aptitud, que para el ejercicio de determinados cargos, exijan las leyes (ciudadanos elegibles), al electorado (ibídem, p. 60). Numerosas materias del derecho civil requieren, en orden al fin que persiguen, una cuantificación análoga. Así, por ejemplo, es necesario limitar rigurosamente los lapsos de las prescripciones, fijar los signos de las incapacidades, establecer criterios que regularicen las variaciones de la naturaleza como cuando se reducen a límites fijos

la duración posible de las gestaciones uterinas. En estos casos y en otros parecidos, la “cuantificación” se impone para toda organización jurídica progresiva (ibídem, pp. 62 y 63). Gény concluye diciendo que la reducción simplificadora de los elementos sustanciales del derecho en la que consiste la técnica jurídica fundamental procede, en la presunción, por sustitución de lo cualitativo por lo cuantitativo, es decir, a través del método de subrogación aproximativa (Ihering) o cuantificación de los elementos originarios de las reglas, en la forma ya indicada; y en el caso de la ficción, por eliminación artificial de las condiciones jurídicas de las reglas (para extender o modificar, v. gr. el alcance de las instituciones a despecho de los datos naturales, como en los casos del **nasciturus**, de la personalidad moral, de la continuación de la persona del difunto por sus herederos, etc.). La tesis de Gény parece aplicarse mejor a lo que Burckhard llama presunciones materiales (**materielle Präsumtionen**) por oposición a las presunciones de procedimiento (**processualische Präsumtionen**). Las presunciones materiales son el motivo, la presuposición o la razón de ser de la norma, o, para utilizar la terminología de von Wright, el fundamento de verdad del enunciado normativo. Gény alude este tipo de presunciones cuando observa que ellas están en la base de muchas normas de derecho dispositivo, las cuales consagran la voluntad probable de los interesados a fin de evaluar razonablemente los intereses en juego conforme a la opinión común del público en general (F. Gény, op. cit. pp. 343–344). Tal es lo que ocurre en la comunidad de bienes entre marido y mujer (Art. 148 del Código Civil); en las sucesiones **ab intestato** (Art. 808 eiusdem y sgtes., especialmente los relativos al orden de suceder); en la presunción del tér-

mino o plazo en beneficio del deudor (Art. 1214); en la tácita reconducción (arts. 1600, 1614 y 1627). Asimismo encontramos en la base de muchas normas de derecho imperativo “probabilidades transformadas en certidumbre” que justifican la decisión misma de la ley y que excluyen la prueba concreta de las especies particulares que suscitan su aplicación. Nos referimos aquí al principio de la cuantificación de los elementos originarios de las reglas ya citado (incapacidades, **ignorantia iuris non excusat, res iudicata pro veritate accipitur**, prescripciones). En cambio, las presunciones de procedimiento o presunciones propiamente dichas suponen, más bien, el medio técnico de la subsunción con sus recursos de acomodación y subordinación de conceptos. El Código Civil venezolano alude implícitamente a esta técnica cuando dice: “Las presunciones son las consecuencias que la ley o el juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido” (Art. 1394). En esta definición podemos distinguir los siguientes elementos: a) un hecho conocido; b) las consecuencias que la ley o el juez infieren de la constatación de este hecho; c) un hecho desconocido; y d) la **categoría** jurídica que determina la regulación del hecho desconocido establecido. Veamos los casos siguientes: Art. 201 de Código Civil venezolano: “el marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) siguientes a su disolución o anulación” (presunción de paternidad); Art. 438: “si una persona se ha encontrado en un naufragio y a raíz de éste no se ha tenido noticias de su existencia, se presume que ha muerto. Esta presunción será declarada por el juez previa la comprobación de los hechos” (presunción de muerte por accidente); Art. 555: “Toda construcción, siembra, plantación u otras

obras sobre o debajo del suelo, se presume hecha por el propietario a sus expensas, y que le pertenece, mientras no conste lo contrario, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros (presunción de accesión); Art. 767: “Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que han vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado” (presunción de comunidad concubinaria); Art. 848: Las disposiciones testamentarias a favor de las personas incapaces, designadas en los artículos 841, 844, 845, 846 y 847 son nulas aunque se las haya simulado bajo la forma de un contrato oneroso o se las haya otorgado bajo el nombre de personas interpuestas. Se reputan personas interpuestas, el padre, la madre, los descendientes y el cónyuge de la persona incapaz” (presunción de persona interpuesta); Art. 294: “Si hubiere duda sobre cual de dos o más individuos... haya muerto primero que el otro, el que sostenga la anterioridad de la muerte... deberá probarla. A falta de prueba, se presumen todos muertos al mismo tiempo y no hay transmisión de derecho de uno a otro” (presunción de conmoriencia); Art. 1326: “La entrega voluntaria del título original bajo documento privado, hecha por el acreedor al deudor, es una prueba de liberación” (remisión de la deuda); Art. 1327: “La entrega de la prenda no basta para hacer presumir la remisión de la deuda” (¿subsistencia de la garantía prendaria?). Señalamos, ahora, los elementos de la presunción en cada una de las normas transcritas:

	Consecuencias del Hecho conocido	Hecho desconocido	“Categoría” jurídica
Art. 201:	Nacimiento del hijo durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución o anulación	Paternidad	Filiación
Art. 438:	Encuentro de una persona en un naufragio	Muerte por accidente	Declaración de la presunción de muerte
Art. 555:	Construcción de un edificio	Derecho de accesión respecto del inmueble	Derecho de accesión
Art. 767:	Unión concubinaria	Comunidad concubinaria	Comunidad
Art. 848:	Legado a favor de un ordenado <i>in sacris</i> (por intermedio de su madre) Interposición de persona	Interposición de persona	Nulidad del legado
Art. 994:	Falta de prueba sobre cuál de dos o más individuos haya muerto primero que el otro.	Conmoriencia	Inexistencia de transmisión de derechos del uno al otro
Art. 1326:	Entrega voluntaria del documento.	Prueba de liberación	Remisión de la deuda
Art. 1327:	Entrega de la Prenda	Subsistencia de la deuda	¿Subsistencia de la garantía prendaria?

En el esquema propuesto los dos primeros elementos constituyen la base de la inferencia que el intérprete practica a partir de la percepción y concepción actual del hecho conocido; el tercer elemento es el hecho desconocido a establecer; el cuarto elemento es la **categoría** en la que se determinan las consecuencias jurídicas válidas para el hecho establecido. En todos estos casos (con excepción del último que trataremos aparte) la presunción es un medio técnico que subsume un hecho conocido en una **categoría** jurídica, mediante el establecimiento de un hecho desconocido, a fin de atribuirle a éste las consecuencias derivadas de la subsunción. No hay, por lo tanto, como ocurre en la técnica de la ficción, elaboración de nuevas **categorías**, aunque se lleguen a utilizar recursos cercanos al método de la eliminación artificial de las condiciones jurídicas de las reglas (piénsese en el principio **ignorantia iuris non excusat**). En cuanto a lo dispuesto en el artículo 1327, cabe observar que la consecuencia imputada al hecho conocido se refiere expresamente a la obligación principal, sin que se resuelva, de manera explícita, lo relativo a la subsistencia de la garantía prendaria. La misma situación encontramos en los Códigos Civiles de Francia (Art. 1286) y Bélgica (1286); el Código Civil mexicano consagra la presunción de remisión del derecho a la prenda, si el acreedor no prueba lo contrario (Art. 2212); mientras que los Códigos Civiles de Brasil (Art. 1054) e Italia (Art. c 1238) prescriben la subsistencia de la deuda y la extinción del derecho de prenda. Pensamos que en Venezuela debe tomarse en cuenta lo prescrito por el artículo 1841 del Código Civil, a fin de determinar si la entrega de la prenda produce o no la extinción de la garantía pignoratícia. Dicho artículo dice: “En todo caso, el privilegio no subsistirá

sobre la prenda, sino cuando se la haya entregado y esté en poder de un acreedor o un tercero escogido por las partes”. Aunque la prenda es un contrato solemne, cuando el objeto sobre el que se constituya exceda de dos mil bolívares (Art. 1839 del Código Civil venezolano **in fine**), de modo que, en principio, la extinción del privilegio debería constar en instrumento de fecha cierta, el carácter real de la prenda a que se refiere el artículo 1841 parece justificar, por argumento a contrario, la no subsistencia de la garantía, en el caso de que el acreedor devuelva voluntariamente la prenda al deudor (Cf. L. M. Valiente Noailles [H.], **Derechos Reales**, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 492; Hernández–Bretón, **Código Civil Venezolano**, Caracas, Editorial “La Torre”, 1961 p. 203: “La entrega de la prenda sólo significa que se ha renunciado a la garantía pero no al crédito”). En relación con las llamadas presunciones materiales, el análisis de la técnica “presuntiva” revela: a) el lenguaje del legislador no alude directamente el recurso de la presunción; b) el hecho conocido opera como antecedente de la consecuencia jurídica prescrita. Veamos las disposiciones siguientes: Art. 2 del Código Civil venezolano: “La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento”; Art. 794 **eiusdem**: “Respecto de los bienes muebles por su naturaleza y de los títulos al portador, la posesión produce, a favor de los terceros de buena fe, el mismo efecto que el título...”. Los elementos de estas dos normas pueden esquematizarse así:

	Hecho Conocido	Consecuencia Jurídica
Art. 2:	Incumplimiento de la disposición que se ignora	Sanción
Art. 794:	Posesión de un bien mueble	Dominio

Las presunciones de conocimiento de la ley y de dominio son las presuposiciones que justifican la imputación de las consecuencias (sanción y propiedad respectivamente) al hecho establecido por la norma. Podemos concluir, entonces, que la técnica “presuntiva” es un procedimiento técnico de subsunción que infiere un hecho desconocido de un hecho conocido, a fin de obtener las consecuencias jurídicas derivadas de dicha subsunción; mientras que la técnica **ficticia** es un procedimiento técnico de asimilación de relaciones sociales disímiles que, al igualarlas sobre la base de un esquema primario de comportamiento, da origen a una nueva **categoría**, la cual hace valer, para la relación asimilada, las mismas consecuencias previstas en el esquema primario (Vid. supra, V. 4.).

2. PRESUNCIÓN E INDUCCIÓN:

La definición contenida en el artículo 1394 del Código Civil venezolano y el análisis que hemos hecho de sus elementos nos imponen la necesidad de considerar los conceptos de inducción, **categoría** y tipo. Desde Aristóteles se afirma que uno de los sentidos de la inducción es “el proceso mental

por el cual se discierne y se identifica un carácter o relación universal en un caso o suceso concreto” (Vid. Cohen y Nagel: **Introducción a la lógica y al método científico**, Buenos Aires, Amorrortu, 1971, II, p. 97). Tal proceso podría llamarse inducción intuitiva y está vinculado con la técnica tipificadora como se verá más adelante. En vista de que la inducción intuitiva no es, propiamente, un tipo de inferencia, ya que se trata más bien de una cierta percepción y concepción actual de relaciones, el método de la inducción requiere un proceso mental distinto. Este proceso suele oponerse al razonamiento deductivo y consiste en “establecer una proposición universal mediante una enumeración exhaustiva de todos los casos que es posible subsumir en ella”. Este tipo de inducción es llamada perfecta o completa y, como Cohen y Nagel observan, no constituye en rigor un razonamiento distinto del método deductivo, puesto que la inducción perfecta “sólo es posible cuando ya se sabe que todos los casos de la proposición universal están en conformidad con ella”, de modo que la inducción, en tal sentido, “es un ejemplo de razonamiento deductivo: se llega a la conclusión por un razonamiento silogístico estricto”. El otro sentido de la inducción es el de considerarla como un proceso de generalización desde un enunciado verdadero para algunos casos observados a un enunciado verdadero para todos los casos posibles de una cierta clase (ibídem, p. 101). La diferencia esencial entre inducción y deducción radica en que esta última no se ocupa de la verdad o falsedad de sus premisas, mientras que la primera consiste justamente en ocuparse de ello. La inducción es, pues, una inferencia probable cuyo objeto es el establecimiento de la verdad material de las premisas. La probabilidad de la inferencia por

inducción puede ser probabilidad inductiva o probabilidad estadística. La primera se refiere al grado de confirmación de proposiciones empíricas generales mediante la concordancia de dichas proposiciones con la realidad; la segunda afirma que sobre la base de determinados hechos es posible esperar, con un cierto grado de probabilidad, la existencia de otros hechos. “Este concepto –dice Schreiber– caracteriza las proposiciones empíricas universales que encuentran aplicación en la prueba por indicios... Por ejemplo, del choque de un vehículo con un objeto inmóvil puede inferirse con un alto grado de probabilidad que la causa del accidente es la conducta culpable del conductor” (R. Schreiber, op. cit. p. 98). La jurisprudencia venezolana ofrece una amplísima variedad de hechos a partir de los cuales se ha procedido por vía de probabilidad estadística. Desde la mención en una partida de defunción de la filiación del presunto hijo del difunto, o de la mención de la causa de la muerte en la partida de defunción como presunción del delito “sobre todo si la muerte ocurrió el mismo día en que fue herida la víctima”, hasta las consecuencias que se infieren de hechos demostrados en el proceso conforme a leyes naturales, como la no utilización de los frenos de un automóvil cuando se constata la falta de huellas en el pavimento, o cuando de la existencia de ellas puede inferirse la velocidad del vehículo en el momento del accidente, el juez posee vasto arbitrio para ponderar la prueba obtenida mediante conclusiones inferidas de indicios correspondientes a los hechos relevantes inmediatos que hay que comprobar (Cf. K. Engisch, op. cit. p. 71; vid. además sentencias de la ex Corte Suprema de Justicia: oct. 21, 1940: M. 1941, P. II, p. 60; agosto 12, 1953: G. F. N° 14, 2ª Etapa, p. 654; julio 30, 1968: Repertorio Forense;

4° Trimestre, Tomo 9°, Caracas, 1969). En una curiosa sentencia de la Corte Federal y de Casación, de fecha 14.08.56 (G. F. N° 13, 2ª Etapa, vid. III, p. 178), se trata de perfilar el concepto de indicio por oposición a la prueba testimonial de la cual se infiere y a las presunciones. “Las declaraciones de testigos –dice la referida sentencia– sobre algún hecho, no son los indicios mismos sino la prueba de ellos. El indicio es el hecho a que se refieren las declaraciones, cuando queda legalmente demostrado... Indicio es todo acto, o señal o signo que denote la existencia, por íntima conexión, de otro hecho oculto o desconocido... Es la sospecha que un hecho conocido hace que el sentenciador establezca respecto a la verdad o existencia de otro hecho desconocido. Las presunciones difieren de los indicios, en que éstos son hechos demostrados en el proceso; y las presunciones son las consecuencias que de tales hechos se deducen respecto de otro hecho no demostrado directamente...”. Es obvio que la declaración de un testigo puede ser un indicio independientemente de su carácter de prueba respecto de otro “indicio”. “Las declaraciones de los testigos ante la justicia –dice Engisch– son sólo ‘hechos mediatamente relevantes’ que sólo autorizan una conclusión condicionada con respecto al hecho pasado sobre el cual se declara” (K. Engisch, op. cit. p. 72). También es claro que el carácter de indicio atribuido a un hecho depende de la inducción advertida por el juez entre este hecho y el “hecho inmediatamente relevante” (“Un indicio... es un hecho observable que provee información sobre otros hechos que no lo son. La semiología de la significación consistirá, pues, en reconstruir un modelo de la estructura del fenómeno en estudio, a partir de una interpretación de indicios. Interpretar signos, al contrario,

supone la posesión previa de funcionamiento de estos signos [por un aprendizaje social]. Confundir la interpretación de signos con la interpretación de indicios es un error teórico, debido a una prematura y falsa sinonimia. La situación del investigador que debe interpretar los indicios que extrae de un fenómeno no es, de ninguna manera, la del intérprete que, provisto de su código, descifra un mensaje, sino más bien la de un criptógrafo que, ignorando el código de un mensaje, debe descubrir dicho código para interpretar el mensaje”: G. Mounin, **Postface** a la obra de A. J. Arnaud cit. pp. 176 y 177). Así, en el caso del envenenamiento de una mujer, el que un boticario atestigüe que el marido ha comprado veneno antes de realizarse el hecho delictivo es un índice de que aquél ha podido envenenar a su esposa. “El envenenamiento en sí es un ‘hecho inmediatamente relevante’ que hay que subsumir bajo el supuesto de hecho del asesinato lo que, en cada caso, es inmediatamente relevante depende naturalmente de la proposición jurídica respectiva y de sus elementos de hecho” (ibídem, p. 71). Podría decirse que, según la doctrina de la Corte, la conexión entre ambos hechos (el indicio y el ‘hecho inmediatamente relevante’) es una conexión semiótica. Se observa, sin embargo, que al considerar el indicio como *sospecha* de la conexión indicada, su carácter fáctico es reducido a la vivencia del juez, lo cual contradice la tesis de que el indicio es un hecho a que se refiere la prueba testimonial respectiva “cuando queda legalmente demostrado”. En el manejo del método inductivo es preciso determinar el papel que corresponde a la analogía como procedimiento heurístico. Al proporcionar tesis problemáticas, el objeto de la analogía es el de establecer hipótesis que deben ser verificadas. “La forma de esta ana-

logía admite, según Sigwart, la siguiente expresión: ‘cuando se da un juicio como A es B, y un sujeto A¹ que tiene con A ciertas propiedades en común, se presume que A¹ tendrá igualmente el predicado B’ (U. Klug, **Lógica Jurídica**, Caracas, Universidad Central de Venezuela, trad. de J. D. García Bacca, 1961, p. 162). De este modo “la conclusión por analogía puede ser considerada como fase previa a la conclusión inductiva, y a la vez ésta como presupuesto de la primera” (ibídem, p. 172). “El propósito de la ciencia es descubrir, en un conjunto de cosas observadas, aquellas partes de las analogías positivas totales que se hallan invariablemente relacionadas. Volvamos ahora a nuestro ejemplo de razonamiento analógico. Mercurio y Venus poseen una analogía con los otros cuatro planetas, a saber, girar alrededor del Sol en órbitas elípticas, ser de forma aproximadamente esférica, etc.: tal la analogía significativa. Estos otros planetas poseen, asimismo, la característica común de rotar, alrededor de un eje, tal la analogía significada. Inferimos que Mercurio y Venus poseen la analogía restante, la significada (rotación alrededor de un eje). La validez de la inferencia depende, claramente de la proposición *Todos los planetas rotan alrededor de un eje...* el razonamiento analógico es un caso de inferencia probable que depende del muestreo imparcial” (Cohen y Nagel, op. cit. pp. 113 y 114) y que procede según “la ley de que de singular a singular no se puede concluir sino a través de un universal” (U. Klug, op. cit. p. 167). En cuanto a los conceptos de **categoría** y tipo es importante analizar la tesis de Karl Engisch sobre la concreción como tendencia al tipo en el derecho y en la ciencia jurídica. Engisch concibe el tipo en términos de tendencia estructuradora real, comparativamente concreta, y, por

lo tanto, opuesta a la generalidad y abstracción propias de la ley y del concepto. Esta manera de entender el tipo (estructura inmanente en la realidad) es análoga a la idea de **categoría** tal y como ha sido desarrollada en supra, II. 2. y sgtes. En rigor, el análisis de Engisch debiera concentrarse más bien sobre las relaciones y diferencias entre concepto y tipo, de modo que el término **categoría** pueda utilizarse como sinónimo de este último. No nos referimos, por supuesto, a la idea de **categoría** en el sentido (en que la emplean Stammler o Radbruch) de concepto jurídico **a priori** sino, “orden que muestra la disposición de los objetos en una relación”, por medio de una abstracción comparativa que parte de una percepción (imagen intuitiva) y que se explicita en tipos (Vid. K. Engisch, **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**, Pamplona, Universidad de Navarra, trad. de Juan José Gil Gremades, 1968, p. 430). El mecanismo tipificador (categorizador o estructurador) parece proceder por inducción intuitiva (discernimiento e identificación de un carácter o relación universal de un caso o suceso concreto) o por descripción **eidética** del prototipo de relación social considerada. El carácter intensivo de este mecanismo tipificador perfila una suerte de ‘concepto general-concreto’ más allá de la elaboración deductiva de hipótesis característica de la ciencia natural. De este modo, aunque la inducción intuitiva no sea propiamente una inferencia, es evidente que, a través de la voluntad vinculada del órgano del Estado, la imagen derivada de la abstracción comparativa (Engisch) surge como “punto de referencia de individuos de determinada especie”. Tal imagen intuitiva representada en el tipo (**categoría**) es sólo un criterio de comparación con la realidad. De donde resulta que “el as-

pecto tipológico contiene la estructura en un nivel intermedio de abstracción o esquematización. Deja fuera lo propiamente personal, sin volatizarse por ello en lo simplemente general... El tipo se encuentra, ‘en el orden lógico, entre el concepto individual y el concepto general’” (ibídem, p. 448). Puede concluirse, entonces, que los términos que deben distinguirse son el tipo (**categoría**) y el concepto. Cuando se denominan “tipos”, por ejemplo, el asesinato, el hurto, el encubrimiento, la servidumbre, la hipoteca, la compraventa, el préstamo, se alude a ciertos momentos concretizadores referidos a relaciones actualmente reales o que han sido al menos reales; cuando se denominan conceptos jurídicos, el delito, la acción, el derecho subjetivo, el negocio jurídico, la filiación, el contrato, se piensa, en cambio, en las notas abstractas que permiten subsumir todos los objetos singulares posibles en el concepto general respectivo. En resumen... – escribe Engisch– el acento de la distinción entre el concepto y el tipo se pone sobre las realidades: mientras que el concepto es ‘representante de todos los individuos posibles, que manifiestan las características correspondientes’, el tipo ‘no abandona en modo alguno el ámbito de las manifestaciones que se han hecho realidad’ (K. Engisch, op. cit. p. 451).

3. LA PRESUNCIÓN COMO RELACIÓN SEMIÓTICA:

En el presente párrafo se trata de mostrar que la presunción (consecuencia que la Ley o el juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido), a que se refiere el artículo 1394 del Código Civil venezolano, es una relación semiótica. El hecho conocido sería el índice y el hecho desconocido sería el hecho indicado. Las consecuencias ju-

rídicas que resultan de la traducción del hecho indicado a la lengua del código constituirían el sentido del índice. El cuadro de la página siguiente representa los elementos de la presunción como relación semiótica.

En el proceso semiótico es necesario admitir que la operatividad de las convenciones interpretativas depende del contexto real extrasemiótico; y que la idea de sentido, como equivalente comprensivo²⁹ del significado, mantiene la relación semiótica dentro de una semántica puramente extensional (Cf. U. Eco, **La Estructura Ausente**, Barcelona, Lumen, trad. de Francisco Selva Cantarell, 1973, p. 84). De este modo, la semiótica elude la consideración metafísica del referente. El sistema de convenciones interpretativas, por otra parte, (en tanto que acuerdo entre los usuarios del signo que reconocen la relación entre el índice y el hecho indicado y la respetan en el empleo del signo), puede ser más o menos amplio y más o menos preciso (Cf. P. Guiraud, **La Sémiologie**, Paris, PUF, 1971, p. 32). En efecto, el sistema de convenciones interpretativas de los artículos 197, 438 y 794 del Código Civil es más preciso y menos amplio que el de los artículos 1399 **eiusdem** 22 y 215 del COPP. Parece que la imprecisión del código y la clase de índice (indicios³⁰ o

²⁹ El sentido es el resultado de un acto de **Verstehen**.

³⁰ Indicio es un hecho inmediatamente perceptible que nos hace conocer algo a propósito de otro [hecho] que no lo es [perceptible] (G. Mounin, *Ibidem*, p. 16. **Introducción a la Semiología**, Barcelona, Anagrama, trad. de Carlos Manzano, 1972, p. 15). Charles Sanders Peirce (**La Ciencia de la semiótica**, Buenos Aires, Nueva Visión, 1964, trad. de Beatriz Bugni, p. 54) dice que los índices no aseveran nada y que su modo de interpretación debería ser interpretativo, o vocativo, como “¡Vea eso!” o “¡Cuidado!”. Aunque estas expresiones tengan carácter significante, su verdadera función consiste en poner al destinatario en real conexión con el objeto al cual apunta el índice. No obstante, por más que el índice esté conectado físicamente con su objeto (ambos forman un par orgánico), “la mente interpretante

señal)³¹ desplaza gradualmente el proceso semiótico del nivel de la comunicación al de la significación, de manera que se puede hablar de una semiología de la comunicación y de una semiología de la significación (G. Mounin, pp. 12 y sgtes.). La primera supone un código por medio del cual se descifra el signo; la segunda ignora el código y debe, por tanto, descubrirlo para interpretar el indicio. Este desplazamiento no puede llegar a un punto en el que se excluya la dimensión semiótica del signo como es el caso de los índices naturales no traducibles a signos convencionales. Si analizamos el cuadro siguiente observaremos que 3. y 4. constituyen señales, pues se trata de hechos que proporcionan una indicación y que se producen expresamente para lograrla; mientras que los otros casos constituyen indicios, ya que en ellos la intención de comunicación no es aparente o incluso no existe. La semiología de la significación bordea, por lo demás, los contornos de la creación estética,

nada tiene que hacer con esta conexión, salvo tomar nota de ella después que ha sido establecida” (p. 58). En suma, “los índices pueden ser distinguidos de otros signos, por tres rasgos característicos: primero, que carecen de todo parecido significativo con su objeto; segundo, que se refieren a entes individuales, conjuntos unitarios de unidades o continuidades individuales; tercero, que dirigen la atención a sus objetos por una compulsión ciega... Desde el punto de vista psicológico, la acción de los índices depende de asociaciones por contigüidad, y no de asociaciones por parecido o de operaciones intelectuales” (p. 61). Esta última observación no impide a Peirce sostener que, a pesar de que el **interpretante** inmediato de un índice debe ser un índice, como su objeto puede ser el objeto de un símbolo (singular) individual, el índice puede tener a tal símbolo como **interpretante** indirecto (p. 56). [Peirce entiende por **interpretante** el signo creado en la mente de una persona por el **representamen**, esto es, por el signo que representa o se refiere a algo y que se dirige a alguien, en cuya mente el **interpretante** es su signo equivalente. Entiende, además, por símbolo, el signo que se refiere al objeto que denota en virtud de una ley, usualmente una asociación de ideas generales que operan de modo tal que son la causa de que el símbolo se interprete como referido a dicho objeto (pp. 22, 30)].

³¹ Señal es un indicio artificial, es decir un hecho [perceptible] que proporciona una indicación y que se ha producido expresamente para ello.

**CONVENCIONES
INTERPRETATIVAS
(CÓDIGOS)**

	INDICE	HECHO INDICADO	SENTIDO
1. Art. 197 del Código Civil	Nacimiento del hijo durante el matrimonio hasta los 300 días siguientes a su disolución o anulación	Paternidad	Filiación
2. Art. 438 del Código Civil	Encuentro de una persona en un naufragio	Muerte por accidente (presunción de)	Muerte Presunta
3. Art. 794 del Código Civil	Posesión de un mueble	Dominio (presunción de)	Dominio (Título)
4. Art. 1399 del Código Civil	Mención en la partida de defunción de la filiación del presunto hijo del difunto	Paternidad	Filiación
5. Art. 22 y 215 del Código Orgánico Procesal Penal	Encuentro de un objeto perteneciente a alguien en el lugar del crimen	El poseedor ha estado en el lugar (presunción de que)	Posible participación en el crimen
6. Art. 22 y 215 del Código Orgánico Procesal Penal	Ausencia de huellas de frenos en el pavimento	No utilización de los frenos del vehículo	Responsabilidad culposa o delictual del conductor
7. Art. 22 y 215 del Código Orgánico Procesal Penal	Compra de veneno por el marido antes del envenenamiento de la esposa	Envenenamiento de la esposa (presunción de que el marido ha participado en él)	Responsabilidad delictual del marido

donde el idiolecto de la obra (código privado e individual del actor) se articula dialécticamente en un sistema de convenciones preexistentes y reconocibles (Cf. U. Eco, op. cit. p. 292). La relación entre índice y hecho indicado es cultural como toda relación semiótica (lo que quiere decir que no se limita a una simple contigüidad fáctica de sus términos) y, en consecuencia, no es interpretable en sentido puramente causal-explicativo, según lo propone la teoría tradicional del derecho. Por último, la relación “presuntiva” es abierta y estructural,³² pues, lo mismo que el mensaje estético, la constitución del sentido se opera por medio de una diálectica que remite del signo al código, en un movimiento circular, por lo que dicha constitución supone o la convencionalización del índice o el descubrimiento del código o las dos cosas a la vez. La criptografía del índice busca, por esta vía, la posibilidad de comunicación no aparente de los hechos jurídicamente relevantes.

4. LA PRESUNCIÓN Y EL OBJETO DE LA PRUEBA:

La presunción constituye un medio probatorio cuya función radica no en la dispensa de la carga de la prueba sino en el desplazamiento del objeto de ésta (Vid. A. Weill, **Droit Civil, Introduction générale**, Paris Dalloz, p. 259). Así, de acuerdo con el artículo 201 del Código Civil venezolano el

³² “Por lo común ningún elemento de juicio aislado o ninguna línea de razonamiento aislada basta para “probar más allá de toda duda razonable” sino que es la combinación de diversos elementos de juicio lo que torna a la conclusión altamente probable... ninguna medición o argumentación aislada tiene en sí misma mucho significado, pero en conjunto pueden brindar una identificación perfecta, de modo que una serie de circunstancias – ninguna de las cuales resulta concluyente– pueden proporcionar en conjunto una prueba clara, más allá de toda duda razonable” (M. Cohen, y E. Nagel, op. cit., tomo 2º, p. 183).

marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación; de modo que la prueba en contrario corresponde al marido si demuestra “que le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período de la concepción de aquél o que en ese mismo período vivía separado de ella”. El desplazamiento del objeto de la prueba ocurre, por ejemplo, en la presunción de haber poseído durante el tiempo intermedio (Art. 779 del Código Civil) y en la presunción de haber principiado a poseer en nombre de otro (Art. 774 **eiusdem**). En ambos casos, la prueba no está legalmente excluida respecto de quien hace valer el hecho o el acto jurídico que lo favorece, sino que, en vista de que la existencia de tal hecho o acto resulta a veces muy difícil de establecer, “la ley dispensa a la parte de su prueba directa o infiere la verdad del hecho de la existencia de otro hecho, más fácil de demostrar”. En este caso se habla de presunción legal, la cual opera, no dispensando a la parte de la carga de la prueba, sino mediante un desplazamiento del objeto del respectivo recurso probatorio, por lo que también se denomina, a veces, prueba indirecta.

5. PRESUNCIONES Y CARGA DE LA PRUEBA:

Los principios generales del derecho de la prueba en materia civil pueden condensarse en la llamada neutralidad del juez y en el objeto y carga de la prueba. En virtud de la neutralidad del juez, éste no tiene la iniciativa en materia probatoria y no debe preocuparse por establecer, por sus propios medios, la verdad de los hechos alegados. Su papel debe limitarse a precisar la eficacia de las pruebas que le sean sometidas (A. Weill, op. cit. p. 257). Sin embargo, el

artículo 11 del Código de Procedimiento Civil prescribe que “en materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes”. Otras normas del ordenamiento jurídico venezolano consagran la iniciativa del juez como lo preceptuado en los artículos 14 (impulso procesal de oficio), 212 (instancia para declarar la nulidad de un acto), 734 **in fine** (pruebas de oficio en el juicio de interdicción civil), **eiusdem**; y 395 (promoción de oficio de la interdicción civil) del Código Civil, entre otras. Esto muestra que la neutralidad del juez tiene límites y que no implica una pasividad total. “¿Cómo no ha de poder un juez en ciertas circunstancias, –dice Marcano Rodríguez– decretar una experticia, una inspección ocular, un interrogatorio, a efectos de dilucidar los derechos que se ventilan, cuando su misión es la de hacer justicia inquiriendo la verdad de los hechos?” (R. Marcano Rodríguez, **Apuntaciones analíticas sobre las materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil venezolano**, Caracas, Editorial Bolívar, Tomo I, p. 75). Respecto del objeto de la prueba el análisis debe tomar en cuenta que las pretensiones de las partes se fundan sobre dos clases de elementos, a saber, los elementos de hecho y los elementos de derecho. Por elementos de hecho entendemos los hechos y actos jurídicos que sirven de base a una pretensión. Así, cuando una persona pretende la reparación del daño que le ha sido causado en un accidente automovilístico, la realidad del accidente, la intención, negligencia o imprudencia de quien ha causado el daño, la importancia del perjuicio, son

cuestiones de hecho. Asimismo, si una persona pretende ser propietario de un bien detentado por otra, en virtud de que ésta se lo ha vendido, la existencia y tenor del acto de venta constituyen cuestiones de hecho (A. Weill, op. cit. p. 259). Los elementos de derecho son las normas jurídicas aplicables al asunto que se debate. En los ejemplos citados, son elementos de derecho las normas que regulan la responsabilidad extraconvencional y las que rigen la transferencia de la propiedad. La distinción entre elementos de hecho y de derecho permite determinar el objeto de la prueba que incumbe a quien pide la ejecución de una obligación o a quien pretenda que ha sido libertado de ella (Art. 1354 del Código Civil venezolano). En efecto, sólo incumbe a las partes probar los elementos de hecho, pues los jueces deben conocer el derecho y realizar todas las investigaciones necesarias para fundar su convicción jurídica, sin que a ello obste la presentación que las partes puedan hacer de todos los argumentos jurídicos favorables a su tesis (A. Weill, *Ibidem*, p. 259). Tal es el sentido de la vieja máxima *iura novit curia*. Se ha discutido, en relación con este punto, el problema de la prueba de la ley extranjera como cuestión de hecho o de derecho. La doctrina y la jurisprudencia actuales parecen haber admitido el principio de que “la prueba de las leyes extranjeras no puede ser una cuestión de hecho, abandonada a la iniciativa de las partes (L. Herrera Mendoza, **Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos**, Caracas, Emp. “El Cojo”, S.A., 1960, p. 62). La consecuencia de esta tesis es que el juez puede y debe aplicar, aun de oficio, la ley extranjera y que, al efecto, debe tomar las medidas necesarias para conocerla, pero dentro de los límites establecidos por los artículos 11 y 12 del Código de Proce-

dimiento Civil, y previa la constatación de las bases necesarias de las normas de conexión (“La Nacionalidad de una de las partes o de ambas, o su domicilio, o el lugar del acto jurídico, o el lugar donde el acto haya de tener eficacia, o el de la situación de la cosa, o el de la comisión del hecho ilícito, etc.”), las cuales son, por supuesto, cuestiones de hecho que el litigante interesado deberá alegar y probar (L. Herrera Mendoza, *op. cit.* pp. 64 y 659). En cuanto a la carga de la prueba, los principios contenidos en el artículo 1354 del Código Civil se resumen en los adagios latinos “*actori incumbit probatio*” (quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, con lo que la carga de la prueba recae primero sobre el demandante) y “*reus in excipiendo fit actor*” (quien pretenda que ha sido libertado de una obligación debe probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación, con lo que el demandado, al proponer sus medios de defensa, deviene actor). “Así –dice Weill– el demandado, frente al cual se ha establecido un préstamo de dinero, puede argumentar que lo ha reintegrado: en tal caso tendrá que probar el reintegro a través, por ejemplo, de un recibo. Si el demandante pretende que el recibo es falso, por no ser su firma la que aparece en el documento, deberá probar la falsedad. De este modo, la carga de la prueba se desplaza según las alternativas de la discusión judicial, de acuerdo con el principio de la distribución de la carga de la prueba, esto es que, a cada parte corresponde la carga de la prueba de los hechos y actos jurídicos que alegue” (A. Weill, *op. cit.* p. 258; K. Engisch, *op. cit.* p. 83). El principio de la distribución de la carga de la prueba según los criterios arriba indicados se complementa con los principios “*in dubio pro reo*”, “*in dubio contra actorem*”,

“in dubio pro operario”, “in dubio contra fiscum”, “in dubio pro possessore”. La aplicación de tales principios obedece a criterios axiológicos y revela la textura **tópica** de los medios de interpretación jurídica (tanto respecto de los elementos de hecho como de los elementos de derecho). Como veremos inmediatamente el objeto y la carga de la prueba pueden ser modificados por el juego de las presunciones legales (A. Weill, ídem). De acuerdo con el tipo de presunción legal, es posible distinguir los siguientes efectos: a) dispensa o liberación de la carga de la prueba; b) inversión de la carga de la prueba; y c) desplazamiento del objeto de la prueba. En el caso de las presunciones legales que no admiten prueba en contrario (interposición de personas: Art. 848 del Código Civil venezolano, por ejemplo), la ley dispensa de toda prueba a quien la tiene a su favor (Art. 1397 **eiusdem**) y no admite ninguna prueba para desvirtuar la nulidad del acto fundada en presunción legal. Obviamente, sin embargo, no se trata de dispensa de la carga de la prueba, sino más bien de desplazamiento del objeto de la prueba como se ha señalado arriba. Frente a la pretensión de validez de un legado a favor de un ordenado **in sacris**, otorgado a través de interpósita persona, quien resulta beneficiado por la presunción del artículo 848 debe probar los elementos de hecho que condicionan la vigencia de la disposición especial a que se refiere el artículo 1395 (debe probar, por ejemplo, el parentesco indicado en el artículo 848 **in fine**). Si se habla de la dispensa de toda prueba a quien la tiene a su favor es sólo para ver que, pese a que es indispensable establecer el hecho al cual la presunción se encuentra vinculada, la presunción suple la prueba directa de lo que, por su **naturaleza**, es imposible o muy difícil de probar, tal el caso de la pre-

sunción de paternidad. Esto trae como consecuencia que, cuando se trata de una presunción *iuris et de iure*, lo que se excluye es la prueba contraria directa, pero no la indirecta, es decir, la prueba contra el hecho que constituye el soporte de la presunción (Vid. P. Pescatore, **Introduction à la science du droit**, Luxembourg, Office des Imprimés de l'Etat, 1960, pp. 219 y sgtes.) El principio de la dispensa de la carga de la prueba produce en las presunciones relativas (*iuris tantum* o que admiten la prueba contraria) la inversión de la carga de la prueba. Esto es claro en las llamadas presunciones materiales (presunción de dominio: Art. 794 del Código Civil venezolano; presunción de responsabilidad de quien detenta todo o parte de un inmueble en el cual se inicia un incendio: Art. 1193 **in fine, eiusdem**) donde la situación jurídica del beneficiario de la presunción sólo puede ser alterada por la acción y consiguiente prueba de quien emite una pretensión tendiente a modificar dicha situación; pero también en las presunciones de procedimiento (presunción de conmorienca: Art. 994; presunción de medianería: Art. 685; presunción de accesión respecto de los bienes inmuebles: Art. 555) ya que, en tales hipótesis, la carga de la prueba recae sobre quien pretende negar la fuerza probatoria de la presunción (esta última basada en la situación típica resultante de las relaciones sociales consideradas). La inversión de la carga de la prueba parece estar muy vinculada, por consiguiente, con una auténtica modificación de la obligación de probar merced al juego de las presunciones legales. Se nos ocurre que, en rigor, sólo cabe distinguir entre desplazamiento del objeto de la prueba e inversión de la carga de la prueba, según que al beneficiario de la presunción se le releve de

la prueba directa cuando su derecho depende del ejercicio de una pretensión (v. gr. presunción de comunidad concubinaria), o se le garantice el goce de un estado de cosas existente o de una situación adquirida por una prueba anteriormente hecha (presunción de dominio o presunción de medianería), lo cual constituye un derecho de disposición.³³

6. CLASES DE PRESUNCIONES:

El Código Civil venezolano distingue dos clases de presunciones, a saber: las presunciones establecidas por la ley o legales y las presunciones no establecidas por la ley llamadas también simples o del hombre. Las primeras están indicadas en el Art. 1395 y son definidas por el legislador como las que una disposición especial de la ley atribuye a ciertos actos o hechos. Las presunciones legales están en gran número, esparcidas en el Código Civil y en otros textos. El artículo 1395 citado ofrece una clasificación de carácter enunciativo. Tal clasificación es la siguiente: 1º: Los actos que la ley declara nulos sin atender más que a su cualidad, como hechos en fraude de sus disposiciones. Es el caso, por ejemplo, de la presunción de interpósita persona en materia de disposiciones testamentarias (Art. 848); 2º: Los casos en que la ley declara que la propiedad o la liberación resultan de algunas circunstancias determinadas. Esta categoría comprende los casos de prescripción adquisitiva veinteañal o de

³³ Para la distinción entre derecho de disposición (derecho de uso y goce de una cosa) y el de pretensión (derecho contra una persona para que ésta realice una prestación) equivalente al dualismo clásico derecho real / derecho personal o derecho absoluto / derecho relativo, véase A. Ross, **Sobre el derecho y la justicia**, Buenos Aires, Eudeba, trad. de Genaro Carrió, 1963, pp. 187 y sgtes.

prescripción liberatoria (Art. 1977), la presunción de adquisición respecto de los bienes inmuebles (Art. 555), la presunción de medianería (Art. 685), la presunción de liberación resultante de la entrega voluntaria del título original bajo documento privado (Art. 1326); 3°: La autoridad que da la ley a la cosa juzgada: el litigante no tiene que probar el derecho reconocido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, le basta invocar la sentencia. Según Weill, el dominio de la autoridad de la cosa juzgada se limita a las decisiones definitivas, contenciosas, rendidas sobre el fondo y solamente referidas a la parte dispositiva (vid. p. cit. pp. 311 y 312). De acuerdo con el Código Civil venezolano, por lo demás, las condiciones de la autoridad de la cosa juzgada son: 1°: identidad de objeto; 2°: identidad de causa; 3°: identidad de personas y de cualidades. Es interesante observar que el legislador venezolano excluyó de la enumeración del artículo 1395 “la fuerza que la ley atribuye a la confesión de la parte o a su juramento” (ordinal 4° del artículo 1350 de los Códigos franceses y belga), quizá tomando en cuenta la crítica de que tal prescripción constituye una confusión manifiesta, pues la confesión y el juramento son modos de prueba distintos, y no el resultado de una presunción (Vid. Weill, *ibídem*, p. 261). Como puede observarse, esta enumeración es puramente enunciativa, de modo que tendremos que referirnos luego, aparte de las mencionadas arriba (Vid. *supra*, V. 1.), a algunas otras presunciones omitidas por el texto del artículo 1395. Las presunciones legales se subdividen en absolutas (irrefragables o *iuris et de iure*) y relativas (*iuris tantum*). El artículo 1398 consagra dos categorías de presunción absoluta: 1ª: “Cuando con el fundamento de ciertas circunstancias, la ley dispone la nuli-

dad de una operación jurídica”: es así en cuanto a la presunción de interpósita persona; 2ª: “cuando con el fundamento de ciertas circunstancias, la ley niega una acción a determinada persona, o sea, que le concede una excepción perentoria contra una acción”: es así especialmente en materia de prescripción, y de la presunción de remisión de la deuda a que se refiere el Art. 1326. (vid. Planiol y Ripert: **Tratado práctico de derecho civil francés**, La Habana, Cultural, S.A., Trad. de Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, 1945, Tomo VII, p. 894). Las presunciones relativas se subdividen en presunciones que implican la posibilidad de prueba contraria por todos los medios, y presunciones que sólo la admiten en ciertos casos determinados, o con auxilio de procedimientos especiales (ibídem, p. 893). Entre estas últimas pueden citarse la presunción de paternidad, que no puede ser impugnada más que en los supuestos previstos por los artículos 202 y 203 del Código Civil; la presunción de dominio respecto de los bienes muebles por su naturaleza, que no admite prueba en contrario sino en caso de pérdida o de robo (Art. 794 **in fine**); la presunción de medianería mientras no haya un título o signo exterior que demuestre lo contrario (Art. 685). De acuerdo con el artículo 1399 del Código Civil venezolano “las presunciones que no estén establecidas por la ley quedarán a la prudencia del juez, quien no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la ley admite la prueba testimonial”. Las presunciones simples o del hombre “presuponen hechos que normalmente hacen referencia a una determinada causa y generalmente suelen desarrollarse en una determinada dirección; tiene que tratarse de procesos fácticos típicos en los que el efecto produci-

do haga referencia, conforme a la experiencia general, a una determinada causa y en los que, debido a su carácter típico, las circunstancias concretas atípicas del caso singular carezcan de importancia para la valoración del hecho” (vid. R. Schreiber, op. cit. p. 97). El Tribunal Supremo venezolano se adhiere a este concepto cuando sostiene que “los indicios o presunciones son el juicio lógico por el cual, argumentando según el vínculo de causalidad que liga unos con otros los acontecimientos naturales y humanos, permiten inducir la existencia o el modo de ser de un determinado hecho que no es desconocido en consecuencia de otros hechos que conocemos...” (vid. J. E. Machado, **Jurisprudencia de la Corte Federal de Casación**, 1950-1960, Tomo III, Caracas, 1969, p. 329). La doctrina relativa a la prueba de indicios y de presunciones simples puede condensarse así: a) dicha prueba sólo procede en los casos en que la ley admite la prueba testimonial; de esto se sigue que la prueba por presunciones debe regularse, en cuanto a su admisibilidad y efectos, a las reglas que rigen el testimonio. En general, su admisibilidad depende de la existencia de un principio de prueba por escrito, cuando la obligación que pretende probarse exceda de dos mil bolívares o cuando se pretenda probar lo contrario de una convención contenida en instrumentos públicos o privados, aunque se trate de obligaciones cuyo valor no llegue a dos mil bolívares. Según el artículo 1392 del Código Civil venezolano, por lo demás, las presunciones o indicios resultantes de hechos ciertos probados, no por testigos, constituyen un sucedáneo del principio de prueba por escrito a los efectos de la admisibilidad de la prueba testimonial (Cf. Art. 208 del Código Civil **in fine**). Finalmente, como lo hubo decidido la ex Corte Suprema de Jus-

ticia, (en la acción de simulación las presunciones son la prueba por excelencia para probar que un contrato es simulado” (S. 31–7–1960: Vid. Ramírez & Garay, 1969, XXII, pp. 268 y 269); b) “la admisión de presunciones **ad hominem** es de la incumbencia de los jueces de la causa quienes al apreciar la gravedad de ellas, ejerce una facultad que les es propia, siempre que no saquen elementos de convicción fuera de los autos” (Gaceta Forense, Tomo 13. Segunda Etapa, Vol. III, p. 165); c) la conclusión de los jueces de fondo en la apreciación de los hechos que constituyen las presunciones no establecidas por la ley está fuera del alcance de la censura de casación (ídem, Tomo 5°, Primera Etapa, p. 381); d) en materia de indicios o presunciones, “la única condición es que haya más de uno de ellos, y cuando esos plurales indicios o presunciones convencen al juez hacen plena prueba” (S. 13–12–57, G. F. N° 18, 2ª Etapa, Vol. III, p. 400); criterio éste ratificado en reiterados fallos de la Casación venezolana según los cuales se ha establecido que no es posible fijar un número determinado de indicios para formar la convicción de los jueces, y siempre que hallen más de uno son soberanos para su estimación” (J. E. Machado, op. cit. p. 330).

7. ALGUNAS REGLAS DE APLICACIÓN DE LAS PRESUNCIONES:

He aquí algunas reglas de aplicación de las presunciones: 1ª: Las presunciones legales dispensan de toda prueba a quien la tiene en su favor, lo cual ha de entenderse en el sentido analizado, supra, VI. 4. (Art. 1397 del Código Civil). 2ª: En el caso de las presunciones legales a que se refiere el artículo 1398 **eiusdem** (cuando con el fundamento de ciertas circunstancias la ley dispone la nulidad de ciertos actos o niega

acción en justicia), la posibilidad de la prueba en contrario debe estar expresamente consagrada en la ley. 3ª: Por regla general puede acudirse a cualquier medio de prueba para enervar las presunciones de impugnación no prohibida. 4ª: En cuanto a las presunciones simples no existe norma fija para inducir presunciones ni condiciones estrictas a las cuales deban encadenar los jueces sus razonamientos (G. F. Tomo 4º, 2ª. Etapa, p. 723). Sin embargo, pueden enunciarse los siguientes principios: a) toda presunción tiene que reposar en la realidad del hecho que le sirve de base (G. F. Tomo 5º, 2ª. Etapa, p. 398); b) “para que las presunciones **hominis** valgan como tales es indispensable que la deducción por los jueces sea una consecuencia lógica del hecho demostrado directamente en autos” (Vid. supra, VI. 2.). Así, si del hecho de no haberse aplicado los frenos del vehículo se pretende inferir que el accidente fue intencional, la conclusión no es razonable. En efecto, si del informe del Fiscal de Tránsito resulta que el occiso viajaba a exceso de velocidad, puede inferirse su responsabilidad culposa en el hecho, pero de la falta de huellas en el pavimento no puede concluirse válidamente la intencionalidad del accidente (S. del 30.7.1968, R. F., 4º Trimestre, Tomo 9, Caracas, 1969); c) “En el orden de las pruebas, los indicios o presunciones tienen un carácter supletorio, por lo cual no existe la necesidad de acudir a ellos cuando el hecho dudoso tiene demostración suficiente en los demás medios de prueba, y los jueces son soberanos, dentro de ciertos límites, en lo que atañe a su apreciación” (S. 16-7-57, G. F. N° 17, 2ª Etapa, Vol. III, p. 26) [Consúltese: F. Puig Peña, **Compendio de Derecho Civil español**, Pamplona, Aranzadi, 1972, pp. 861 y 862].

8. FUENTES, DOMINIO DE APLICACIÓN Y POSICIÓN SISTEMÁTICA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES:

Como observa Rosenberg (**La Carga de la Prueba**, Buenos Aires, Ejea, trad. de Ernesto Krotoschim, 1956, p. 217) sólo la norma jurídica puede ser fuente de una presunción legal. “Siendo la presunción legal obra de la ley –añade Ricci (**Tratado de las Pruebas**, Caracas, Ediciones Fotal, trad. de Alfonso Buylla y Adolfo Posada, 1962, pp. 94 y 95)– se infiere de esto que no hay presunción legal si no está consignada en un texto. La presunción que la ley establece para un caso dado no puede el intérprete extenderla a otra, porque el legislador, al deducir, en virtud del nexo lógico, un hecho desconocido de un hecho sabido, sin tener en cuenta las circunstancias especiales que en un caso dado pueden excluir el nexo lógico, da una disposición general que más bien está fundada sobre el principio de la utilidad social que no sobre una razón común; por lo que constituyendo la misma un derecho excepcional, no es admisible que el intérprete pueda ampliar la aplicación de uno a otro caso”. No obstante, la doctrina parece haber admitido que, por lo menos en lo que atañe a las llamadas presunciones materiales, es procedente la analogía, de modo que puede deducirse una presunción general en el sentido de que una relación jurídica que conste en instrumento público existe, y que una relación jurídica cancelada en tal instrumento no existe. En relación con esto el artículo 1359 del Código Civil venezolano prescribe: “El instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, mientras no sea declarado falso: 1º, de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado si tenía facultad para efectuarlos, 2º, de los

hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que esté facultado para hacerlos constar”. Asimismo, el Art. 1360 **eiusdem** dice: “El instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo que en los casos y con los medios permitidos se demuestre la simulación”. Y el artículo 1163 establece que “se presume que una persona ha contratado para sí y para sus herederos y causahabientes, cuando no se ha convenido expresamente en lo contrario o cuando no resulta así de la naturaleza del contrato”. La jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia fue constante, por lo demás, en la tesis de que los actos administrativos están amparados por una presunción de legitimidad, lo cual afecta el efecto suspensivo de cualquier recurso que los impugne, mientras no hayan sido formalmente anulados (G. F. N° 68, 2ª Etapa, p. 85). [No es posible, por supuesto, discutir aquí los efectos de la presunción de legitimidad del acto administrativo, ni de la inversión de la carga de la prueba que releva a la Administración de probar la legitimidad de sus actos]. Tal presunción se extiende, claro está, a los instrumentos auténticos en los que consten las declaraciones de los funcionarios competentes, como es el caso de las “actas fiscales, en las cuales se formulen reparos a las declaraciones de rentas de los contribuyentes, cuando han sido levantadas por quien tenga facultad para formularlas y con las formalidades legales y reglamentarias respectivas” (Tribunal Primero del Impuesto sobre la Renta, Multa por diferencias en la declaración, 10.1. 1968, R. F. Tomo 6, 1er. Trimestre, 1968, p. 415; en igual sentido, R. F. I., 4º Trim.

1966, p. 231: “Las actas fiscales contienen una presunción de verdad que debe ser destruida por una prueba contraria, a cargo de quienes la impugnan o contradicen”). Es obvio que una tal presunción de “verdad” de los instrumentos públicos o auténticos puede extenderse, por ejemplo, a los documentos anotados en el Registro de Comercio, de modo que la presunción comprende incluso la exactitud del contenido de dicho registro (Vid. L. Rosenberg, *Ibidem*). En todo caso, sin embargo, “los negocios jurídicos no entran en consideración como fundamento de presunciones legales –de modo distinto que tratándose de presunciones de hecho– a causa de la influencia que las presunciones de derecho ejercen en la aplicación del derecho por parte del juez” (*ídem*). Esta es una importante diferencia con la técnica **ficticia**, pues la ficción implica construcción de nuevas **categorías** mediante un proceso de igualación interna, funcional y derivada de relaciones disímiles, practicada conforme a un empleo impropio de **categorías** primarias y con el objeto de obtener una misma solución práctica. Dicha construcción, según se ha visto (*supra*, V. 9.), puede ser negocial, como ocurre con el contrato de superficie, cuyos fundamentos son la excepción de la presunción de accesión (Art. 555 del Código Civil) y el principio de autonomía de la voluntad, es decir, la competencia privada atribuida a los sujetos de derecho para que puedan producir “negocialmente” efectos jurídicos (Art. 1159 del Código Civil venezolano; Art. 1134 de los Códigos francés y belga). “El Código –dice Weill– reglamenta ampliamente los efectos generales de los contratos y los de los contratos especiales tradicionales: la venta, la permuta, el arrendamiento... el mandato, el depósito, el préstamo, la sociedad civil, la fianza, la transacción. Todos estos contra-

tos pueden ser concluidos en forma exigida bajo pena de nulidad, y la mayor parte de los textos son aquí interpretativos de voluntad: las partes pueden apartarse de sus disposiciones, inventar contratos que produzcan otros efectos” (A. Weill, op. cit. p. 61). Respecto de las presunciones simples, el Tribunal Supremo venezolano ha escogido la tesis sustentada en el texto de Rosenberg citado y ha resuelto que “no es cierto que de un documento no pueden deducirse presunciones: la ley habla, sin limitación, de hecho conocido del cual pueda deducirse uno desconocido y no se alcanza por qué de un instrumento público o privado no pueda aparecer la prueba de un hecho y, fundada en él, deducir otro el sentenciador (G. F. Tomo 17, Vol. Civil p. 174). En cuanto al dominio de aplicación nosotros pensamos que “las presunciones legales se aplican no sólo en el proceso civil sino en cualquier procedimiento en el cual la existencia o no existencia de los derechos, a los que las presunciones se refiere, es objeto o presupuesto de la resolución, por ejemplo,... en el procedimiento ante autoridades administrativas o tribunales administrativos y, en particular, ante los órganos de la jurisdicción voluntaria, sobre todo, la oficina del catastro” (L. Rosenberg, op. cit. p. 218). Creemos, en consecuencia, que la presunción del artículo 1296 del Código Civil puede hacerse valer frente a la Administración pública (v. gr. frente a la Administración de Rentas de un Concejo Municipal) para acreditar el pago de impuesto o tasas correspondientes a períodos anteriores a aquél cuya prueba directa (planilla o recibo) se sufre. La **posición** sistemática de las presunciones legales presenta dos problemas que merecen tratamiento particular. Nos referimos a la complementación y a la colisión de presunciones de derecho. La complementación

obedece al carácter estructural de la reglas que integran la institución a la cual se refieren. Así, la consagración de la paz burguesa, a través de la consolidación y plenitud de la propiedad privada (Cf. A. J. Arnaud, *op. cit.* pp. 59 y sgtes.; pp. 91 y sgtes.), es el punto de referencia común de una serie de presunciones ligadas a la posesión, a saber: presunción de no-precariedad (Art. 773); presunción de buena fe (Art. 789); presunción simple de continuidad de la posesión (Art. 774); de propiedad en provecho del poseedor; prescripción adquisitiva (arts. 1977 y 1979); presunción de dominio en materia de muebles (Art. 794); presunción de accesión respecto de los bienes inmuebles (Art. 555). Pero en donde es más patente el carácter complementario de las presunciones legales es en el caso del artículo 201 del Código Civil venezolano. En dicho artículo se consagra la presunción relativa de paternidad respecto del hijo nacido durante el matrimonio (**pater est quem iustae nuptiae demonstrant**) o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación. Por último, el problema de la colisión de presunciones puede constituir o un caso de antinomia (el cual se resolvería conforme a los principios generales de la interpretación), o un caso de complementación en el sentido ya indicado. La colisión propiamente dicha se presenta “cuando varias de ellas se refieren al mismo estado concreto de cosas, sin que sus efectos fueran conciliables entre sí. En tal caso debe ponderarse la fuerza de las presunciones en conflicto y, según ello, decidirse cuál de ellas tiene preferencia y cuál debe posponerse” (L. Rosenberg, *op. cit.* p. 216). El problema radica en que, cuando la colisión se presenta, la presunción no significa siempre, para quien resulta beneficiado por ella, un desplazamiento provechoso del objeto de

la prueba. ¿Cuál sería, por ejemplo, la situación de quien, beneficiado por la presunción del artículo 164, tuviera que probar el fraude en la adquisición de un bien inmueble a nombre de uno de los cónyuges? Los casos más frecuentes sólo encierran, sin embargo, colisiones aparentes, pues la antinomia es resuelta por alguna disposición especial de la norma que consagra la presunción. Así, el artículo 725 del Código Civil prescribe que “la limpia regular y la conservación de los bordes de un receptáculo abierto en el fondo de otro, destinado y utilizado de hecho para recoger y conducir las aguas, hace presumir que el receptáculo es obra del propietario del predio dominante, cuando no hay título, señal ni prueba en contrario”. Esta presunción colide con la presunción de accesión consagrada por el artículo 555, si bien el segundo acápite del artículo 725 dispone que “se reputará señal en contrario la existencia de obras construidas y conservadas en el receptáculo por el propietario del predio donde tal receptáculo está abierto”. En el fondo, el artículo 725 lo que hace es excluir de las nociones de “construcción, siembra, plantación u otras obras sobre o debajo del suelo” la de receptáculo (bajo las condiciones indicadas en dicho artículo), lo que resuelve la inconsistencia con el artículo 555. Un asunto análogo se plantea en la repudiación presuntiva ya estudiada (V. 3.), pese a que la antinomia no se da entre dos presunciones, sino entre una regla o norma jurídica (Art. 1012) y una presunción legal (Art. 1019). En cuanto a la unión no matrimonial (Art. 767 del Código Civil venezolano; Art. 1635 del Código Civil mexicano) la prueba de que la mujer o el hombre han vivido permanentemente en tal estado y de que han contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio común hace presumir la co-

munidad, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos, lo cual significa que la presunción de la comunidad concubinaria entra en conflicto con la presunción de verdad de las declaraciones contenidas en el documento respecto de los bienes adquiridos a nombre del concubino o concubina (Art. 1360) y con la presunción de haber contratado para sí y para sus herederos y causahabientes (Art. 1163). En este caso la presunción del artículo 767 reproduce el criterio del artículo 156, ordinal 1° lo que zanja el conflicto haciendo ceder las presunciones de los artículos 1163 y 1360 en beneficio del concubino o concubina. Esta solución, sin embargo, no podría hacerse valer a menos que se impugne la adquisición como hecha en fraude de los perjudicados, según lo prescribe el ordinal 7° del artículo 151.

ÍNDICE DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO RELATIVOS A FICCIONES Y PRESUNCIONES CITADOS EN LA OBRA

FICCIONES

CONCEPTOS	ARTS.
Infans conceptus pro iam nato habetur....	17
Personas jurídicas	19 ss
Nacionalidad venezolana por nacimiento de los nacidos en territorio extranjero	25; Art. 32.2 de la Constitución
Domicilio	27
Matrimonio putativo	127
Efecto retroactivo de la separación de bienes	177
Inmovilización por naturaleza	527
Inmovilización por destinación	528, 529
Inmovilización por el objeto a que se refieren	530
Usufructo de cosas consumibles	589
Orden de suceder	809
Representación sucesoral	814

Condiciones consideradas como no escritas	914, 916; Art. 900. Cód. francés; Art. 1665 Cód. brasileño. En contra: Art. 3608 del Cód. argentino; Art. 1347 del Cód. mexicano. El Art. 126 del Cód. brasileño establece que las obligaciones sujetas a condiciones físicas imposibles son válidas (las condiciones se tienen por inexistentes), mientras que las condiciones jurídicas imposibles invalidan los actos a ellas subordinadas (En igual sentido: Art. 626 del Cód. italiano).
Repudiación de la herencia (efectos)	1013; Art. 3353 Cód. argentino; Art. 785 Cód. francés; Art. 521 Cód. italiano.
Continuación de derecho de la posesión en la persona del sucesor a título universal ..	781, 995; Art. 724 Cód. francés; Art. 1572 Cód. brasileño.
Efecto retroactivo de la aceptación de la herencia	993, 1.001; Art. 777 del Cód. francés
Efecto declarativo de la partición	1116
El llamado a la sucesión durante el plazo concedido para hacer inventario, es considerado curador de derecho de la herencia	1032
Herencia yacente	1060
Colación ficticia del dinero	1107
En la partición hecha por el padre... los copartícipes se consideran herederos	1129
Representación	1169, 1684 (mandato)
Condiciones imposibles o contrarias a la ley y a las buenas costumbres hacen nulas la obligación que depende de ella si es suspensiva y se reputa no escrita si es resolutoria	1200; Art. 1172 Cód. francés; Art. 1354 Cód. italiano.

Obligación con condición de no hacer una cosa imposible es pura y simple	1201; Art. 1173 Cód. francés
Cumplimiento ficticio de la condición cuando el obligado impide su cumplimiento ...	1208
Efecto retroactivo de la condición cumplida	1209
Condición resultoria	1198
Arrendamiento de cosas muebles como venta a plazos	1579
Nominalismo monetario	Art. 1737 c.c.
Tradición ficta en el depósito	1751
Prenda de semovientes (el dueño conserva la tenencia de la misma)	1842

PRESUNCIONES

CONCEPTOS	ARTS.
Ignorantia iuris non excusat	2
Domicilio de dependiente y sirvientes	34
Bienes comunes de los cónyuges	164
Presunción de paternidad	201
Posesión de estado de hijo	214
Alimentos	294
Presunción de ausencia	418; Art. 112 y 115 Cód. francés
Presunción de muerte	434
Presunción de muerte por accidente	438
Accesión de los bienes inmuebles	555
Conmoriencia	994
Presunción de medianería	685; Art. 653 Cód. francés

Establecimiento de la servidumbre por destinación del padre de familia	721
Presunción de servidumbre de aguas	725
Presunción de parte igual de los comuneros	760
Presunción de comunidad concubinaria ..	767; Art. 1635 del Cód. mexicano
Presunción de posesión por sí mismo	763; Art. 2230 Cód. francés
Presunción en nombre de otro	774; Art. 2231 Cód. francés
Presunción de haber poseído durante el tiempo intermedio	779; Art. 2234 Cód. francés
Presunción de la posesión anterior	780
Presunción de buena fe	789; Art. 2268 Cód. francés
Presunción de dominio	794
Interpósitas personas	48; Art. 911 Cód. francés
Disposiciones testamentarias en favor del alma o de los pobres	899, 900
Legado alternativo	937; Art. 1700 Cód. brasileño
Sustitución recíproca	962; Art. 689 Cód. italiano. No se permite en el derecho argentino que solo admite la sustitución vulgar
Sustitución vulgar	959, 960; Art. 1729 Cód. brasileño; Arts. 3724 y 3725 Cód. argentino; Art. 858 Cód. uruguayo. El Art. 898 del Cód. francés la admite pero no a título de sustitución.
Premoriencia	994
Repudiación presunta	1019. En contra: Art. 1584 Cód. brasileño y Art. 1943 BGB. El Art. 1070 Cód. uruguayo es conforme con el Art. 1019 Cód. venezolano; y considera este

	caso como una excepción al principio de que la repudiación no se presume, según el Art. 1074.
Presunción de herederos puros y simples	1020, 2021, 2028, 1029
Dispensa de colación en favor del Cónyuge	1088
Conocimiento de la oferta, aceptación o revocación, cuando éstas llegan a la dirección del destinatario	1137
Violencia como vicio del Consentimiento	1151
Presunción de la causa en el contrato	1158
Presunción que excluye la representación en el contrato, a menos que ésta sea expresa o resulte de la naturaleza del mismo ...	1163
Culpa in eligendo	1191
Responsabilidad por el daño causado por las cosas que se tienen bajo la guarda	1193; Art. 1132 Cód. argentino; 1931 y 1932 Cód. mexicano; Arts. 1528 y 1529 Cód. brasileño; 1384 Cód. francés; italiano-. El Art. 2050 Cód. italiano prevé responsabilidad por el ejercicio de actividad peligrosa
Término o plazo a favor del deudor	1214
Renuncia a la solidaridad	1234
Actos ejecutados en fraude de los derechos de los acreedores	1279
Presunción de pago	1296
Exclusión de la presunción en la Novación	1315
Remisión de la deuda	1326
Entrega de la prenda no hace presumir la remisión de la deuda	1327
Remisión de la deuda	

Presunciones o indicios sucedáneos del principio de prueba por escrito	1326
Presunciones	
Presunciones establecidas por la ley	1392
	1394
Dispensa de la prueba	1395 ss.; Arts. 1350 ss.
	Cód. francés
Exclusión de la prueba contraria en los actos nulos o en los que se niegue acción en justicia	1397
Presunciones no establecidas por la ley ...	
Venta en globo	1398
Venta a ensayo previo	1399
Venta de cuerpo cierto	1476
	1478
La enfiteusis se supone perpetua, a menos que conste habersele querido dar una duración temporal	1502
Presunción de que la cosa arrendada ha sido recibida en buen estado	1566
Tácita reconducción	1595
Presunción de término en el arrendamiento de un predio rústico	1600, 1614, 1627
Precio en el contrato de obras	1626
Verificación de un trabajo cuya obra conste de piezas	1632
Poder de administración entre los socios .	1636
Préstamo a interés	1668
Exclusión de la presunción en la fianza ..	Art. 1748
	1808

INDICE ANALÍTICO

- Abstracción, II.1.
Abuso de derecho, I.2.,
Acción de simulación, VI.6.
Acción oblicua, V.9.
Acomodación, III.1., IV.1.
Actio furti, III.1.
Acto-condición, V.9.
Actori incumbit probatio, VI.4.
Actuación técnica, I.1.
Análisis lingüístico del Código Civil, V.9.
Analogía, V.2., V.8., VI.2., VI.8.
Analogía funcional de las relaciones, V.6.
Antijuridicidad, V.9.
Argumentación a contrario, V.2.
Argumento a fortiori, V.2.
Argumento a simili, V.2.
Arte de legislar, I.2.
Asimilación, III.1., III.4., III.5., V.1., V.4., V.6., VI.1.
Asimilación reproductora, III.4., III.5.
Autonomía de la voluntad, IV.3., V.9.
Acto-regla, V.9.
Autovaloración, V.9.
Autovaloración-negocial-representativa, V.9.
Carácter **tópico** de los principios jurídicos, I.2.
Carga de la prueba, VI.4.
Categoría y tipo, VI.2.
Categorías jurídicas y estructuras, II.3.
Categorías jurídicas (operatividad de las), II.2.
Categorías (virtualidad extensiva de las) III.4.
Cláusula rebus sic stantibus, I.2.
Colación del dinero donado al hijo, V.9.
Colisión y complementación de presunciones, VI.8.
Common law, IV.3.
Comodato, V.9.
Competencia privada, V.9., VI.8.
Competencia pública, V.9.
Comunidad concubinaria, VI.1., VI.8.
Comunidad de bienes, VI.8.
Conceptos normativos, II.1.
Conceptos normativos como categorías, II.2.

- Conceptos tipos, III.4.
 Concesión ad aedificandum, II.5., V.9.
 Condición cumplida (efecto retroactivo de la), V.3.
 Condicionalidad social de lo jurídico, II.5.
 Condiciones fundamentales de la creación de las normas, I.2.
 Conmoriencia, IV.3., VI.1., VI.4.
 Construcción, II.6., III.4., V.2., V.4., V.8., VI.8.
 Cosa juzgada, VI.6.
 Contratación o negociación, V.9.
 Contrato colectivo de trabajo o contrato normativo corporativo, V.9.
 Contratos de adhesión, V.9.
 Cuantificación de los elementos originarios de las reglas, VI.1.
 Cultura, II.3.
- Deducción, VI.2
 Depósito “consensual”, V.9.
 Derecho, I.1.
 Derecho de superficie, V.9.
 Dispensa de la prueba, VI.4.
 Doctrina (carácter constitutivo de la), I.3.
 Dogmática, II.5.
 Domicilio, V.4., V.5., V.8.
 Domicilio elegido, V.5.
- Efectos ex tunc de los actos nulos, V.9.
 Enriquecimiento sin causa, I.2.
- Error invencible y error de derecho, IV.3.
 Estructura y función, II.4., II.5., III.5.
 Estructuro-génesis operatoria, III.5.
- Ficción, 1.2., V.1.ss., VI.1.
 Ficción de atribución, V.3.
 Ficción como fórmula de exposición científica, V.9.
 Ficción de extraterritorialidad, V.6.
 Ficción doctrinal, V.9.
 Ficción jurisprudencial, V.9.
 Ficciones negociales, V.9.
 Finalidad, III.1.
 Función declarativa del juez, V.9.
 Función “fabuladora” del lenguaje, III.2., V.3.
 Función histórica y función dogmática de la ficción, V.8.
- Hereditas per universitatem (transmisión de), III.5.
 Herencia yacente, III.5.
 Heterovaloración, V.9.
- Idiolecto de la obra, VI.3.
 Índice, VI.3.
 Índice (criptografía del), VI.3.
 Indicio, VI.2, VI.6.
 In dubio contra actorem, VI.5.
 In dubio pro operario, VI.5.
 In dubio contra fiscum, VI.5.
 In dubio pro possessore, VI.5.
 In dubio pro reo, VI.5.

- Inducción, VI.2.
Ignorantia iuris non excusat, IV.3., VI.1.
Igualación, III.3., V.2.
Infans conceptus pro iam nato habetur, V.1., V.6.
Inmovilización de muebles por destinación, V.4., V.5., V.8.
Inmuebles por destinación, V.3.
Interpretación extensiva, V.2.
Interpretación restrictiva, V.9.
Interpretante, VI.3.
Inversión de la carga de la prueba, V.9., VI.4.
Iura novit curia, VI.4.
- Lagunas, V.9.
Legislación, I.2.
Lenguaje presuntivo, V.9.
Locatio-venta, V.9.
- Mancipatio, III.1.
Matrimonio putativo, I.2., V.4., V.9.
Medianería, VI.4., VI.6.
Metáfora, V.2.
Mundo práctico del comportamiento, II.5.
Nasciturus, III.3.
Naturaleza de la cosa, II.5.
Neokantismo de Baden, II.1.
Neutralidad del juez, VI.4.
Norma como esquema de interpretación, II.4.
Nomodinámica, II.4.
Norma fundamental, II.4.
Normas de conexión (bases necesarias de las), VI.4.
- Normas individualizadas, I.3., V.9.
Objeto de la prueba, VI.4.
Objeto de la prueba (desplazamiento del), VI.4., V.9.
Orden jurídico, I.3.
Pacta sunt servanda, I.2.
Partición (efecto declarativo de la), III.5., V.6.
Persona jurídica, V.1.
Personas interpuestas, VI.1., VI.6.
Pluralidad de indicios, VI.6.
Poder, I.2.
Positividad y vigencia del directivo, II.5.
Prenda “consensual”, V.5.
Prenda de semovientes sin desposesión del propietario, V.4.
Prescripción, VI.6.
Presunción, I.2., V.9. VI.1 ss.
Presunción como relación semiótica, VI.3.
Presunción de accesión, VI.1., VI.4., VI.6.
Presunción de dominio, VI.1., VI.3., VI.4.
Presunción de falta, IV.1.
Presunción de paternidad, VI.1., V.3., VI.8.
Presunción de muerte por accidente, IV.3., VI.1.
Presunción de “verdad” de los instrumentos públicos, VI.8.
Presunción e interpretación extensiva, VI.8.
Presunciones absolutas y relativas, VI.6.

- Presunciones y censura de casación, VI.6.
 Presunciones legales y presunciones hominis, VI.6.
 Presunciones materiales y presunciones procesales, VI.1., VI.8.
 Presunciones (reglas de aplicación de las), VI.7.
 Principios jurídicos, I.2.
 Proceso, V.9.
 Promesa, I.2.
 Regla de derecho, I.2., I.3.
 Reglas jurídicas y reglas de los juegos, II.1.
 Remisión de la deuda, VI.1., VI.6.
 Representación convencional, V.3., V.5., V.6.
 Representamen, VI.3.
 Responsabilidad derivada de la guarda de las cosas inanimadas, IV.1., IV.3.
 Responsabilidad derivada del ejercicio de actividad peligrosa, IV.1., IV.3.
 Responsabilidad objetiva, IV.2.
 Repudiación presuntiva de la herencia, III.5., V.9., VI.8.
 Res judicata pro veritate habetur, VI.1.
 Saber “practognótico”, I.1., I.3.
 “Saisine”, III.5.
 Semiología de la significación y semiología de la comunicación, VI.2., VI.3.
 Sentido, VI.3.
 Señal, VI.3.
 Sintagma, V.8.
 Sociedades de hecho, V.4., V.9.
 Signo, VI.3.
 Sistema, II.5.
 Sistema (paradigma), V.8.
 Sistema abierto, II.5.
 Sistema de iniciación de la vigencia sucesivo, IV.3.
 “Spatium deliberandi”, III.5.
 Sponsio, III.1.
 Subsunción, III.1., IV.1., IV.2., V.2., VI.1.
 Sustitución metonímica, V.8.
 Tácita reconducción, V.9.
 Técnica **ficticia** y técnica presuntiva, VI.8.
 Técnica fundamental, I.2.
 Técnica jurídica, I.1., V.9.
 Técnica presuntiva, V.9., VI.1.
 Tipo, VI.2.
 Titularidad del patrimonio hereditario, III.5.
 Teoría de la ilicitud, IV.3.
 Teoría de la imprevisión, II.5.
 Teoría de la personalidad jurídica colectiva, II.6., V.6.
 Teorías tradicionales (vicio sustancialista de las), II.1.
 Textura tópica de los medios de interpretación, VI.4.
 Venta a plazos, V.9.
 Venta de la cosa ajena, I.2.
 Ventas en globo, V.9.
 Viabilidad de la regla de derecho (vigencia), I.2.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

Arnaud, A.J.: **Essai d'analyse structurale du Code Civil français**, Paris, L. G. de D. et de J., 1973.

Cassirer, E.: **Mito y Lenguaje**, Buenos Aires, Galatea, Nueva Visión, trad. de Carmen Balzer, 1959.

Cohén, M. y Nagel, E.: **Introducción a la Lógica y al método científico**, Buenos Aires, Amorrortu, trad. de Néstor Míguez, 1971.

Decottignies, R.: **Les Présomptions en Droit Privé**, Paris, L. G. de D. et de J., 1950.

Dekkers, R.: **La Fiction Juridique**, Paris, Sirey, 1935.

Delgado Ocando, J. M.: **Programa de Filosofía del Derecho Actual**, Maracaibo, Universal del Zulia, 1969.

Dumont, J. y Valdooren Ph.: **La Philosophie**, Paris, Centre d'Etude et de Promotion de la Lecture, Gérard & Co. Les Dictionnaires Marabout Université, Savoir Moderne, 1972.

Eco, U.: **La Estructura ausente. Introducción a la semiótica**, Barcelona, Lumen, trad. de Francisco Serra Cantarell, 1973.

Engisch, K.: **Introducción al Pensamiento Jurídico**, Madrid, Guadarrama, trad. de E. Garzón Valdéz, 1967.

Estivill, L.A.: **Código Civil de la República Argentina con las notas de Vélez Sarsfield**, Buenos Aires, 1969.

Gény, F.: **Science et Technique en Droit privé positif**, III, París, Sirey, 1950.

Gray, H. R.: **An Introduction to law**, Wellington, Sweet & Maxwell (N. Z.) Ltd., 1968.

Guiraud, P.: **La Sémiologie**, París, PUF, 1971.

Hart, H. L. A.: **The Concept of law**, Oxford, At the Clarendon Press, 1961.

Heisenberg, W.: **La nature dans la physique contemporaine**, París, Gallimard, 1962.

Hernández-Bretón, A.: **Código Civil venezolano**, Caracas, La Torre, 1961.

Herrera Mendoza, L.: **Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos**, Caracas, El Cojo, S. A., 1960.

Kelsen, H.: **Reine Rechtslehre**, Wien, Deuticke, 1960.

Klug, U.: **Lógica jurídica**, Caracas, UCV, trad. de J. D. García Bacca, 1961.

Kuhn, T. S.: **La estructura de las revoluciones científicas**, México, FCE, 1998, Trad. de Agustín Contin.

Larenz, K.: **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, Berlin, Göttingen, Heidelberg, Springer-Verlag, 1960.

Lazo, O.: **Código Civil de Venezuela**, Caracas, Legis, 1962.

Machado, J. E.: **Jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación 1.950-1.960**, Tomo III, Caracas, 1969.

Marcano Rodríguez, R.: **Apuntaciones analíticas sobre las materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil venezolano**, Caracas, Editorial Bolívar, 1941.

Martinet, A.: **La Lingüística. Guía Alfabética**, Barcelona, Anagrama, trad. de Carlos Manzano, 1972.

Mounin, G.: **Introducción a la semiología**, Barcelona, Anagrama, trad. de Carlos Manzano, 1972.

Peirce, Ch. S.: **La ciencia de la semiótica**, Buenos Aires, Nueva Visión, trad. de Beatriz Bugni, 1974.

Perelman, Ch.: **Le Fait et le Droit. Etudes de Logique juridique**, Bruxelles, Bruylant, 1961.

Pescatore, P.: **Introduction à la Science du Droit**, Luxembourg, Office des Imprimés de l'Etat, 1960.

Piaget, J.: **Le Structuralisme**, París, PUF., 1972.

Piaget, J.: **Situación de las ciencias del hombre en Tendencias de la investigación de las ciencias sociales**, Madrid, Alianza, Universidad, trad. de Pilar Carrillo, 1973.

Planiol y Ripert: **Tratado práctico de derecho civil francés**, Tomo VII, La Habana, Cultural S. A., trad. de Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverand Brusone, 1945.

Puig Peña, F.: **Compendio de Derecho Civil español**, Pamplona, Aranzadi, 1972.

Radbruch, G.: **La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento**, Córdoba, Universidad de Córdoba, trad. de E. Garzón Valdéz 1963.

Ricci, F.: **Tratado de las pruebas**, Caracas, Ediciones Fotal, trad. de Adolfo Buylla y Adolfo Posada, 1962.

- Ripert, G.: **Les forces créatrices du Droit**, París, L. G. de D. et de J., 1955.
- Roguin, E.: **Traité de Droit Civil Comparé**, París, L. G. de D. et de J., 1912.
- Ross, A.: **Lógica de las normas**, Madrid, Tecnos, trad. José S. P. Hierro, 1971.
- Ross, A.: **Sobre el derecho y la justicia**, Buenos Aires, Eudeba, trad. de G. Carrió, 1963.
- Rosenberg, L.: **La Carga de la prueba**, Buenos Aires, Ejea, trad. de Ernesto Krotoschin, 1956.
- Schreiber, R.: **Lógica del derecho**, Buenos Aires, Sur, trad. de E. Garzón Valdéz, 1967.
- Szabo, M. I.: **Droit et nature des choses selon la théorie socialiste du Droit (Pays de l'Est) en Droit et nature des choses**. Travaux du colloque de Philosophie du Droit Comparé, Toulouse, 16-21 sept. 1964, París, Dalloz, 1965.
- Tammelo, I.: **La règle du droit**, Bruxelles, Bruylant, 1971.
- Urban, W. M.: **Lenguaje y realidad**, México, FCE, trad. de Carlos Villegas y Jorge Portilla, 1952.
- Valiente Noailles, L. M.: **Derechos reales**, Buenos Aires, Depalma, 1958.
- Viehweg, Th.: **Topik und Jurisprudenz**, München, Beck, 1963.
- Villey, M.: **Le Droit romain**, París, PUF, 1972.
- Weill, A.: **Droit Civil. Introduction générale**, París, Dalloz, 1970.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

- Arnaud, A.J. V.9., VI.2., VI.3
Berger, J.N.: V.8
Cassirer, E.: V.8.
Cohen, M.: III.2., III.3., VI.2.
Couture, E.: V.9.
Decottignies, R.: I.3
Dekkers, R.: III. 1., V.1., V.2.,
V.3., V.4., V.9.
Delgado-Ocando, J.M.: V.9.
Eco, U.: VI.3.
Engisch, K.:
II.2., II.5., IV.1., IV.2., IV.3.,
V.2., VI.2., VI.5.
Gallet, A.: V.8., V.9.
Gény F.:
I.2., I.3., II.6., III.4., V.2., V.3.,
V.4., V.6., V.7., V.8.,
V.9., VI.1. Gray, H. R.; III.3.
Guiraud, P.: VI.3.
Machado, J. E.: VI.6.
Marcano Rodríguez, R.: VI.5.
Marion, D.: IV.3.
Martinet, A.: VI.3.
Mounin, G.: VI.2., VI.3.
Nagel, E.: III.2., VI.2.
Nawiaski, H.: V.9.
Peirce, Ch. S.: VI.3.
Perelman, Ch.: II.2., V.9.
Pescatore, P.: II.6., IV.2., V.3.,
V.9., VI.5.
Piaget, J.: II.1., II.2., II.3., II.4.,
III.1., III.5.
Planiol, M.: VI.6.
Puig Peña, F.: VI.7.
Radbruch, G.: IV.4., V.5.
Reinach, A.: I.2., V.5.
Ricci, F.: VI.8.
Ripert, G.: I.2., I.3., III.3., IV.2.,
V.3., VI.6.
Roguin, E.: III.5.
Rosenberg, L.: VI.8.

- Hart, H. L. A.: II.1.
Hauriou, M.: I.2.
Heisenberg, H.: II.2.
Henkel, H.: I.2.
Hernández-Bretón, H.: VI.1.
Herrera Mendoza, L.: VI.5.
- Ihering, R.: VI.1.
- Julliot de la Morandière, L.: V.1.
- Kalinowski, G.: II.5.
Kelsen, H.: I.2., I.3., II.4., III.4.,
V.3., V.9.
Klug, U.: VI.1.
Kuhn, T. S.: IV. 3.
- Larenz, K.: V.8.
Lazo, O.: IV.2., V.1., V.3. V.5.
Lévy, M. J.: II.4.
- Ross, A.: III.2., V.9., VI.5.
- Schreiber, R.: IV.2., IV.3., V.2.,
VI.2., VI.1.
Stammler, R.: VI.1.
Szabo, M. I.: II.5.
- Tammelo, I.: IV.3.
- Urban, W. M.: V.2.
- Valiente Noailles, L. M.: VI.1.
Viehweg, Th.: IV.3., V.8.
Villey, M.: III.1., III.5., V.9.
- Weill, A.: IV.3., V.3., V.9., VI.4.,
VI.5., VI.8.

