

## CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTOS BÁSICOS Y ANTECEDENTES DE LAS PRESUNCIONES Y LAS FICCIONES JURÍDICAS .....	1
I. Introducción .....	1
II. Las presunciones jurídicas .....	2
1. Aspectos etimológicos .....	2
2. Concepto .....	3
3. Reseña histórica .....	10
A. La retórica griega y su influencia en Roma .....	10
B. Los legisladores .....	14
C. Los glosadores .....	17
D. El derecho canónico medieval .....	17
E. El Renacimiento .....	21
F. El Código napoleónico .....	21
G. Derecho procesal germano .....	22
H. Las presunciones en la historia del derecho mexicano .....	22
4. Clasificación .....	23
A. Las presunciones simples, del hombre o judiciales ..	23
B. Las presunciones legales .....	24
C. Otras clasificaciones .....	31
5. Naturaleza .....	31
A. Las presunciones simples, judiciales o humanas ..	31
B. Las presunciones legales .....	35
6. Las presunciones en el proceso .....	39
7. Diversas formas de establecer presunciones .....	41
III. Las ficciones jurídicas .....	41
1. Positivismo y ficcionismo .....	42

2. Filología del término ficción .....	42
3. Concepto .....	43
4. Bosquejo histórico .....	47
A. Mesopotamia .....	47
B. Derecho romano .....	48
5. Clasificación .....	52
6. Naturaleza .....	56
7. Distinción entre presunción y ficción .....	58
8. Los sistemas jurídicos modernos ante la ficción .....	60
IV. Conclusiones .....	61

## CAPÍTULO PRIMERO

### CONCEPTOS BÁSICOS Y ANTECEDENTES DE LAS PRESUNCIOS Y LAS FICCIONES JURÍDICAS

#### I. INTRODUCCIÓN

Indudablemente, el derecho, en el diseño de las normas jurídicas, desarrolla una gama de procesos, los cuales demandan el apoyo de mecanismos que faciliten su aplicación y contribuyan a su evolución. Ciertamente, todo sistema jurídico requiere de este auxilio, que se complementa con hipótesis, presunciones y ficciones, especialmente en cuanto se relaciona con el derecho positivo. Tanto la presunción como la ficción se han tornado indispensables en esta labor de aplicación y creación de la norma jurídica. La primera, como regla que se desvanece una vez que el precepto surge obligatorio y queda establecido como verdad, como certeza, mientras que no sea destruida. La segunda, como realidad jurídica una vez que su invención se presenta como indispensable. Ambas son fundamentales, como verdades iniciales en los Estados de derecho, para la inteligencia y la calificación de los sentidos con las limitaciones que fije la ley.

Tanto una como la otra han sido importantes en las manifestaciones legislativas de todos los pueblos, en la doctrina de sus pensadores y en las resoluciones emitidas por los juzgadores de todos los tiempos.

En la ley tributaria, las presunciones y las ficciones sustanciales tienden a facilitar fundamentalmente la gestión de la recaudación tributaria y la aplicación de la norma fiscal. Ellas han sido establecidas por necesidades técnico-jurídicas. No obstante, se abre aquí una gran paradoja al lado de la utilidad aportada por la técnica en general y la técnica jurídica en particular.

Se vive una época caracterizada por la carencia de sensibilidad humana y espiritualidad, donde se exalta todo aquello que facilite el quehacer

humano; lo que significa que, en aras de un menor esfuerzo, el hombre deja todo en manos de la técnica. Tal parece que la ciencia y la filosofía se vieran amenazadas por los conocimientos técnicos. Cuando la técnica se vuelve rectora del devenir humano, soslayando otro tipo de sabiduría, ocurre que a menudo se ven atropellados principios, ideales y convicciones inherentes al ser humano y que procuran su verdadero crecimiento.

Este panorama desolador invita a reflexionar sobre aquellos mecanismos calificados como de técnica jurídica en donde, frecuentemente, las razones de este proceder abaten a la justicia.

La aspiración a dilucidar esta paradoja obliga a conocer el contenido y la historia de instituciones de esta categoría, como la presunción y la ficción.

En este primer capítulo se determinan los vocablos medulares que se habrán de manejar a lo largo de la obra, desentrañando primeramente el significado gramatical y jurídico de dichos términos; trazando los principales aspectos históricos; esbozando las clasificaciones que sobre estos institutos se han elaborado, para finalmente acercarse a las posiciones teóricas que delimitan su naturaleza. He aquí el marco teórico que expone las pautas en el progreso de esta temática.

## II. LAS PRESUNCIÓNES JURÍDICAS

### 1. *Aspectos etimológicos*

El término “presunción” proviene del latín *prae*, que significa antes, y *sumere*, tomar; tomar de antemano, en la composición de los vocablos *praesumere*, *praesumptio* y *presumitur* (latín vulgar). Por la presunción se toma una cosa por verdadera (*sumitur pro vero*) antes de que conste de otro modo.<sup>1</sup>

“La palabra presunción se integra de la preposición *prae* y el verbo *sunco*; tomar anticipadamente; ya que mediante las presunciones se forma o se deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes que éstos se nos demuestren o aparezcan por sí mismos”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Abagnano, N., *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 923.

<sup>2</sup> Cabanellas, Guillermo y Alcalá-Zamora, Luis, “Presunción”, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 12a. ed., Buenos Aires, Eliasta, 1979, t. V, p. 390.

Se trata de expresiones que fijan tan sólo la función mental de todo individuo al presentir, creer o suponer, buscando por resultado el conocer, mediante la inducción, sobre la existencia de un hecho desconocido, apoyada en hechos conocidos y en el presupuesto de que debe ser verdadero en un caso concreto lo que suele serlo de ordinario en los demás casos en que acontecen los mismos hechos o concurren las mismas circunstancias.<sup>3</sup>

*Praesumptio* y *praesumere* han tenido disímiles connotaciones en las fuentes jurídicas. *Praesumptio* se asimiló a privilegio,<sup>4</sup> usurpación,<sup>5</sup> arrogancia,<sup>6</sup> opinión,<sup>7</sup> y a su vez *praesumere* se utilizó como creer,<sup>8</sup> arrogarse,<sup>9</sup> osar,<sup>10</sup> usurpar,<sup>11</sup> tomar antes.<sup>12</sup>

## 2. Concepto

Presunción: conjectura; suposición, indicio; señal; sospecha; decisión legal, excepto contraria prueba; inferencia de la ley que no cabe desvirtuar...<sup>13</sup>

Institución de origen posclásico, la cual tenía gran relevancia dentro de la instrucción probatoria del proceso de derecho privado (*vedi-cognitio extra ordinem*), eran en particular aquellas consecuencias lógicas que derivan necesariamente de hechos ya probados que ayudaban a considerar como probados hechos ulteriores (del hecho conocido se llega al hecho desconocido).<sup>14</sup>

<sup>3</sup> Berumen, Sein, “Las presunciones en el derecho civil mexicano”, *Anales de Jurisprudencia*, México, segunda época, año XX, t. LXXVI, enero-marzo de 1953, p. 257.

<sup>4</sup> D. 37,10,3 (Ulp. 41 ad ed.); D. 43,4,3,3 (Ulp.68 ad ed.); C. 8, 11, 12 (Arcad. et Honor. 396); C.4, 65, 31 (Leo 458); C. 8,14,7 (Iustinian. 532).

<sup>5</sup> C. Th. 8,5,12 (Julian. 362); C. Th.15, 1, 14 (Valentin et Valens 365).

<sup>6</sup> C. Th. 6, 4,22 (Valentin, Valens et Gratian. 373); C.Th. 8, 8,2 (Gratian. Valentin et Theod. 379).

<sup>7</sup> D. 29, 2,30,4 (Ulp. 8 ad Sap.); D. 33, 7,18,3 (Pau. 2 ad Vitel).

<sup>8</sup> C. 2,42,4 (Dioclet. et Maxim. 293); D.12, 6,3 (Papin. 28 quaest).

<sup>9</sup> C. Th. 12, 10,1 (Valentin et Valens 373); C. Th. 1,28,3 (Valens, Gratian et Valentin. 376).

<sup>10</sup> C. Th. 16,5,8 (Gratian, Valentin et Theod. 381); C. Th. 3,8,2 (Id. 382).

<sup>11</sup> C. Th. 8,5,55 (Arcad. et Honor. 396); C. Th. 14,15,6 (Arcad et Honor; 399).

<sup>12</sup> C. Th. 15,1,26 (Valentin, Theod. et Arcad. 389).

<sup>13</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992, t. II, p. 1663.

<sup>14</sup> *Dizionario Giuridico Romano*, Nápoles, Edizioni Giuridiche Simone, 2000.

Una conclusión derivada de un sistema particular de hechos basados en derecho, más que en un razonamiento probable.<sup>15</sup>

...por las presunciones se forma o se deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes que éstos se nos demuestren o aparezcan por sí mismos.<sup>16</sup>

En las diversas legislaciones europeas se encuentra que la presunción está regulada en los códigos civiles; así, por ejemplo, tanto el Código Civil francés como su homólogo italiano definen a las presunciones como “consecuencias que la ley o el juzgador extraen de un hecho conocido para deducir un hecho desconocido”.<sup>17</sup>

Por su parte, el Código Civil español no define cómo se concibe a la presunción, pero se refiere a ella como medio de prueba en el contexto de las obligaciones civiles.<sup>18</sup>

En América Latina las presunciones se encuentran recogidas originalmente en códigos civiles o en leyes de procedimientos civiles. Algunos de estos ordenamientos sí definen a la presunción como consecuencia conjetural que la ley o el juzgador extraen de un hecho conocido para conocer uno desconocido; tal es el caso de Colombia, Ecuador, México, Venezuela y Uruguay.<sup>19</sup>

Otros ordenamientos, como el Código de Procedimiento Civil de Bolivia, la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de Cuba, el Código Civil de Chile, el Código Civil de Puerto Rico y el Código Federal de Procedimientos Civiles de México, registran a la presunción co-

<sup>15</sup> *The American Heritage Dictionary of English Language*, 3a. ed., Boston, American Heritage, 1996, t. 2, p. 1037.

<sup>16</sup> Cabanellas, Guillermo y Alcalá-Zamora, Luis, *op. cit.*, nota 2, p. 390.

<sup>17</sup> En el Código Civil francés esta institución se define en el artículo 1349, el cual está ubicado en la sección III, denominada “De las presunciones”, misma que a su vez pertenece al capítulo VI del título III, dedicado a las pruebas de las obligaciones (<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad>ListeCodes>). Por su parte, el Código Civil italiano, en su libro sexto, intitulado: “De la tutela del derecho”, en su capítulo IV, del título III, destinado a regular a las presunciones, y específicamente en su artículo 2727, establece la noción de presunción ([www.simone.it/cgi-local/Codici](http://www.simone.it/cgi-local/Codici)).

<sup>18</sup> Artículos 1249 a 1253 del Código Civil español.

<sup>19</sup> Código Civil de Colombia, artículo 66; Código Civil de Ecuador, artículo 32; Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (México), artículo 379; Código Civil de Venezuela, artículo 1394; Código Civil de Uruguay, artículo 1600.

mo medio de prueba.<sup>20</sup> Por su parte, el Código Civil de Brasil, sin concretar qué debe entenderse por presunción, ni enlistarla como medio de prueba, utiliza frecuentemente la expresión “presunción” o se refiere a las presunciones legales.

Especial mención merecen los *Anales de jurisprudencia*, al referirse a las presunciones como expresiones que fijan tan sólo la función mental de todo individuo al presentir, creer o suponer, buscando por resultado el saber por la inducción de la existencia de un hecho desconocido, fundada en hechos conocidos y en el presupuesto de que debe ser verdadero en un caso concreto lo que suele serlo de ordinario en los demás casos en que acontecen los mismos hechos o concurren las mismas circunstancias.<sup>21</sup>

Álvaro D'Ors, autor clásico en materia de derecho romano, expresa:

Llamamos presunción al acto de aceptar la veracidad de un hecho por la evidencia de otro del que normalmente depende aquel hecho no probado; la presunción es, por lo tanto, una dispensa de prueba por la existencia de una probabilidad. Según la intensidad de esta presunción, distinguimos hoy entre presunciones *iuris tantum* (únicamente de derecho), que son aquellas que se pueden invalidar por una prueba de la inexistencia del hecho presumido, y otras *iuris et de iure* (de derecho y por derecho), en las que toda prueba es excluida.<sup>22</sup>

Dos destacadas teorías en el derecho común tienen que ver con la presunción: la teoría de la presunción como dogmática general en el derecho y la teoría de la presunción en el derecho material, con la ordenación legal de la prueba en el derecho procesal, como dogmáticas especiales. La primera estudia la fundamentación del proceso lógico de la presunción y sus resultados como reglas legislativas incorporadas a mandamientos positivos. La segunda estudia verdaderas presunciones jurídicas como reglas de derecho positivo, ya sustantivo, ya adjetivo, las cuales admiten prueba en contrario, a excepción de los casos en que la ley no lo permite.

<sup>20</sup> Código de Procedimiento Civil de Bolivia, artículo 374; Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de Cuba, artículo 261; Código Civil de Chile, artículo 1698; Código Civil de Puerto Rico, artículo 1169; Código Federal de Procedimientos Civiles de México, artículo 96.

<sup>21</sup> Véase *supra*, nota 3.

<sup>22</sup> D'Ors, Álvaro, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Publicaciones del Estudio General de Navarra, 1960, pp. 76 y ss.

Las demás presunciones están subordinadas a la lógica jurídica, para consideración del juicio como presunciones humanas y sometidas a los cinco principios supremos de la lógica jurídica, a saber:

- a) El principio jurídico de la contradicción.
- b) El principio jurídico del tercero excluido.
- c) El principio de razón suficiente.
- d) La contradicción nominativa y el criterio de validez.
- e) El principio jurídico de identidad en relación con el fundamento ontológico y el examen de los elementos constitutivos de la presunción.<sup>23</sup>

Es, pues, elemental y muy relevante no confundir la regla de fondo de la ley con la verdadera presunción legal. El criterio de distinción es éste: en la regla de fondo, la presunción opera en la mente del legislador y desaparece su función al quedar convertida en un instrumento legal que no admite discusión ni controversia ni prueba en contrario, sino que no cede más que ante otro precepto positivo de la ley. En la presunción legal, ésta queda como un privilegio creado por la ley a favor de una de las partes, quien sólo tiene que probar los hechos en que se funda dicha presunción establecida por la ley, sin tener que probar su derecho.

La carga de la prueba del derecho se desplaza a la parte contraria si la ley admite la prueba en contrario. Las presunciones, como reglas de fondo, son innumerables, inclasificables, en razón de su multiplicidad, disímbolismo y variación en el campo filosófico y en la vida de un pueblo; se transforman en el tiempo y en el espacio bajo la influencia de la evolución científica.<sup>24</sup>

Se trata, pues, de un juicio lógico del legislador o del juez en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho, con apoyo en las máximas generales de experiencia, que le indican cuál es el modo normal como suceden los acontecimientos.<sup>25</sup>

La presunción es, en la mente del legislador, un elemento lógico en la elaboración de la ley que se elimina como tal y queda fuera de discusión

<sup>23</sup> Berumen, *op. cit.*, nota 3, pp. 278 y 279.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>25</sup> Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, 2a. ed., Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1972, p. 694.

o controversia una vez establecido el precepto legal en el derecho positivo, y además, permanece en la investigación y declaración del derecho; en el proceso judicial se configura como medio de prueba indirecto, que se invoca en la contestación y que se aplica en la sentencia y supervive en la cosa juzgada.<sup>26</sup>

Luego entonces, el concepto doctrinal de presunción no es tampoco unívoco. Haciendo un esfuerzo por clasificar criterios, se pueden distinguir tres vertientes, a saber:

- 1) Aquellos que califican a la presunción como un medio de prueba, lo que implica que la presunción es la afirmación obtenida con la operación intelectual realizada por el legislador o el juez.<sup>27</sup>
- 2) Quienes manifiestan que la presunción es un subrogado de prueba por la existencia de una probabilidad o una disposición legal.<sup>28</sup>
- 3) Finalmente, el grupo encabezado por Serra Domínguez, para quienes “la presunción es una actividad intelectual [del legislador o del juez] que, partiendo de un indicio, afirma un hecho distinto pero relacionado con el primero causal o lógicamente”,<sup>29</sup> postura que aparece como más avanzada.

Aun cuando la doctrina defiende una u otra posición, la divergencia no tiene gran trascendencia práctica, y se trata más bien de un asunto de

<sup>26</sup> Berumen, *op. cit.*, nota 3, p. 260.

<sup>27</sup> En este sentido se expresan, entre otros: Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al Código Civil español*, 6a. ed., Madrid, Reus, 1967, t. VIII, vol. 2, p. 268; Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, Turín, 1927, vol. V, pp. 202-204; Plaza, Manuel de la, *Derecho civil español*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1945, t. I, vol. 2, p. 521; Moreno Cora, *Tratado de las pruebas judiciales*, México, Herrero, 1904, p. 427.

<sup>28</sup> Couture, Eduardo José, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 109; Cafferata Nores, José I., *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 201; D'Ors, Álvaro, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Publicaciones del Estudio General de Navarra, p. 76; Devis Echandía, *op. cit.*, nota 25, p. 204.

<sup>29</sup> Citado por Muñoz Sabate, Luis, *La prueba de la simulación*, Barcelona, Editorial Hispana-Europea, 1972, p. 59. A esta idea se adhieren: Gómez Colomer, Juan Luis, *De-recto jurisdiccional*, Barcelona, Bosch, 1991, t. II, vol. I, pp. 297 y 298; Pallares, Eduardo, *Derecho procesal civil*, 2a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 415; Galván Rivera, Flavio, citado por Esquivel Vázquez, Gustavo A., *La prueba en el juicio fiscal federal*, 3a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 165; Arias Velasco, José, *Procedimientos tributarios*, Madrid, Marcial Pons, 1990, p. 149.

terminología, ya que finalmente la presunción implica los tres aspectos: primero se realiza la actividad intelectual, después el juicio y posteriormente deviene una conjetura que soslayará la presentación de la prueba.

Cabe destacar que se trata de un juicio de probabilidad llevado a cabo por el legislador o el juzgador, quienes, dicho sea de paso, son los únicos que en un Estado de derecho regulan la conducta de los demás; y que tiene por finalidad alcanzar la certeza.

En nuestro país, la jurisprudencia ha considerado a la presunción como una prueba que se establece por medio de las consecuencias que sucesivamente se deduzcan de los hechos, los cuales deben estar en relación tan íntima que de los unos se llegue a los otros por medio de una conclusión muy natural; por lo que es necesaria la existencia de dos hechos, uno comprobado y otro no manifiesto aún y que se trate de demostrar, racionalizando del hecho conocido al desconocido.<sup>30</sup> Esta prueba, calificada según la doctrina como prueba artificial, se finca a través de los frutos obtenidos por el análisis de los hechos, mediante indicios.

La prueba presuntiva está sujeta a las reglas de la lógica, y ésta es concluyente sobre que debe establecerse un silogismo perfecto entre la verdad conocida con la responsabilidad del acusado. La teoría que regula la prueba circunstancial fija como presupuesto fundamental que una presunción es deleznable cuando admite hipótesis en contrario que hagan desaparecer el silogismo construido.<sup>31</sup>

Para que se constituya la prueba circunstancial es necesario que se encuentren probados los hechos básicos de los cuales deriven las presunciones, así como la armonía lógica, natural y concatenamiento legal que exista entre la verdad conocida y la que se indaga, valorando globalmente todos los elementos probatorios que surjan en el proceso. De su enlace natural habrá de inferirse una verdad resultante que inequívocamente conduzca a la verdad pretendida, siendo, en consecuencia, dicho enlace

<sup>30</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Apéndice de 1995, quinta época, Suprema Corte de Justicia de la Nación, t. IV, tesis 325, p. 220. En el mismo sentido, *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, Suprema Corte de Justicia de la Nación, t. VI, tesis 391, p. 263.

<sup>31</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CII, p. 1253.

objetivo y no subjetivo; es decir, debe ponerse de manifiesto para que sea digno de aceptarse por quien lo examina con recto criterio.<sup>32</sup>

También se ha tomado a la presunción como la consecuencia que el juez deduce de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido.<sup>33</sup>

La presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido. Las presunciones son apreciadas por el juzgador como resultado inherente al ejercicio de su misma función.<sup>34</sup>

Si el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje estudió las pruebas ofrecidas por el quejoso, tácitamente quedó analizada la de presunciones, porque ésta no constituye una prueba especial en sí misma, sino que es el resultado de la deducción lógica de los hechos acreditados en autos para llegar a la verdad que se desea saber.<sup>35</sup>

Basta que existan las presunciones para que se examinen, sin necesidad de que las partes las ofrezcan como pruebas, toda vez que siendo las consecuencias que se infieren de otros hechos, al ofrecerse las tendentes a la demostración de estos últimos, necesaria y tácitamente se tienden a demostrar los que se deduzcan de ellos, e implícitamente se ofrece también la prueba de presunciones.<sup>36</sup>

La presunción se integra, en todos los casos, de una afirmación base, una afirmación presumida, y el enlace. El primero de estos elementos se constituye en piedra angular sobre la que se erige la presunción, por lo que deberá acreditarse fehacientemente; la afirmación presumida es el producto novedoso con significado probatorio, establecido a partir del hecho base una vez verificado; finalmente, el enlace consiste en máximas de experiencia que fijan la relación precisa entre las afirmaciones base y presumida.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, junio de 1991, t. VII, p. 366. En el mismo sentido, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, junio de 1996, t. III, tesis 1. 3º. P. J/3, p. 681.

<sup>33</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, segunda parte, XXXIX, p. 92.

<sup>34</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXXVII, p. 784.

<sup>35</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, julio-diciembre de 1990, t. VI, p. 685.

<sup>36</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Apéndice 1995, quinta época, p. 221.

<sup>37</sup> Ramos Méndez, Francisco, *Derecho procesal civil*, Barcelona, Bosch, 1980, pp. 636 y 637.

### 3. Reseña histórica

#### A. La retórica griega y su influencia en Roma

Retórica, en su sentido más amplio, significa teoría y práctica de la elocuencia, sea hablada o escrita. La retórica hablada es la oratoria. La retórica define las reglas que rigen toda composición o discurso en prosa que se propone influir en la opinión o en los sentimientos de la gente.

En un sentido más estricto, la retórica trata sobre los principios fundamentales que tienen que ver con la integración y enunciación del discurso oratorio: *inventio* (del verbo *invenire*, encontrar o delimitar el tema del que se va a hablar); *dispositio* (disposición de las partes); *elocutio* (designación de las palabras, atada con el decoro y las figuras); memoria (memorización) y *actio* (referida al acto de emisión del discurso, próxima a la representación teatral).<sup>38</sup>

La obra de destacados retóricos como Anaxímenes, Antígonas y Hermágoras<sup>39</sup> desafortunadamente se ha perdido; no obstante, se le conoce a través del trabajo de Aristóteles, quien en su *Retórica* puntualizó la función de la misma, fundándola, más que en la persuasión, en el hallazgo de “todos los medios disponibles de persuasión”. Aristóteles subrayó la importancia de la victoria dialéctica por medio de un razonamiento persuasivo y ordenado de la verdad, más que en dominar a los oyentes apelando a sus emociones. Este pensador consideraba a la retórica como arte hermana de la lógica.

Aristóteles distingue entre dos tipos de pruebas: unas *ατεχνοί* (inartificiales), que son aquellas que no han sido aportadas por medios personales y tienen la característica de preexistencia; y las otras *εντεχνοί* (artificiales), que son aquellas que pueden ser provistas por medios personales y a través del método. Es tan importante recurrir a las primeras como crear las segundas.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Véase Beristáin, Helena, *Diccionario de Retórica y Poética*, México, Porrúa, 1985, p. 420.

<sup>39</sup> Anaxímenes fue un importante discípulo de Tales; Antígonas, un orador ateniense, y Hermágoras ha tenido una creciente influencia.

<sup>40</sup> *Retórica*, Madrid, Alianza, libro I, capítulo 2, 1355b, 35 s. capítulo 14 y capítulo 15, 1375a, 20 s., 1998.

Hasta el siglo I d. C. la retórica griega sostuvo que la prueba formaba parte de la argumentación misma; de igual manera, esta vertiente de pensamiento asumió como propia la clasificación de las pruebas que distingue entre artificiales e inartificiales.

Esta diferenciación de las pruebas fue aceptada por unanimidad<sup>41</sup> y arribó a la morada de los romanistas con gran éxito. En Roma, al principio, fueron griegos los facultados para instruir en la retórica formal, y los grandes maestros de la retórica teórica y práctica, Cicerón y Quintiliano, estuvieron influidos por los modelos griegos.

Cicerón recoge dicha clasificación de las pruebas en su obra *De Oratore*, así como en sus *Partitiones Oratoriae* y en *Tópiques*. Posteriormente, Quintiliano la adopta y la traduce de un modo más sistemático bajo el título de *Probatio inartificialis, artificialis*. Los autores considerados como básicos en aquella época, como Julius Victor, Fortunatianus, Martianus Capella, Marius Sacerdos,<sup>42</sup> entre otros, la repitieron o la copiaron de Cicerón o de Quintiliano literalmente, sin hablar del comentario de Boecio sobre *Topiques* de Cicerón.

El término que utiliza Aristóteles, y que es traducido como “prueba”, significa realmente fe o creencia. Consideraba a la prueba bajo el ángulo de su resultado.

Cicerón aplica *probare*, *probatio*, así como también otros términos, para hablar de la prueba y de la argumentación.<sup>43</sup>

En un sentido amplio, *argumentum* puede designar a todo tipo de prueba; todos los medios para persuadir a la audiencia.<sup>44</sup> En tanto que en un sentido restringido, *argumentatio* se opone a las pruebas inartificiales y coincide con las artificiales.

Quintiliano reduce aún más el sentido, y opone las pruebas artificiales a los *argumenta*, a los *signa* y a los *exempla*. Luego, *argumentum*, o al menos la argumentación, será el razonamiento que saca partido de los datos adquiridos para establecer otros.

<sup>41</sup> Quintiliano, Marco Fabii, *Institutions Oratorie*, V,1,1, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 2000.

<sup>42</sup> Todos ellos actualmente considerados como retóricos latinos menores.

<sup>43</sup> Emplea también como sinónimos: *docere*, *planum facere*, *ostendere*, *demonstrare*, *comperire*, etcétera.

<sup>44</sup> *De Oratore*, II, 77, 310: “*L'argumentum* es todo aquello que puede *docere*, puede lo mismo fuera de un proceso, o *conciliare* o *permovere* a la audiencia”.

El mérito de Quintiliano consiste en cambiar el sentido: tomando como punto de partida el término griego  $\pi\iota\sigma\tauι\xi$ , contempla que la traducción literal es *fides*, pero es preferible la locución *probatio*, lo que significó un éxito en la perspectiva jurídica.

Para los retóricos existen tres tipos de elocuencia: deliberativa, *laudativa* y *iudicialis*. La primera, también llamada consejera, es considerada como la más noble. Se relaciona con los hechos por venir y tiende a obtener una decisión en vista de la acción. La elocuencia *laudativa* o demostrativa es aquella de los panegíricos, en tanto que la elocuencia judicial se apoya en hechos pasados.<sup>45</sup> La prueba, en principio, tiene lugar en el último de estos tres géneros. En este terreno, las pruebas son estudiadas a veces como propias de la labor del orador (*inventio topica*); en otras ocasiones como parte del discurso judicial. Estas divisiones varían de autor en autor; sin embargo, la prueba siempre aparece, ya que como dice Quintiliano: *lis nulla est car probatione opus non sit*.

A pesar de las diferencias, los tres autores —Aristóteles, Cicerón y Quintiliano— están de acuerdo en los aspectos más importantes. Así, por ejemplo, todos ubican dentro de las pruebas inartificiales a los testigos, los actos escritos, la tortura (infelizmente admitida), las leyes escritas y las decisiones de los magistrados. Esta enumeración permite ver lo alejado que se encuentran los sistemas contemporáneos de los retóricos. Cabe resaltar que Aristóteles señalaba como testimoniales, los testimonios de poetas e ilustrados, lo cual está más próximo de los argumentos que de las pruebas en un sentido moderno.

Sin embargo, existe una discrepancia en lo que concierne a las pruebas artificiales, sobre las cuales Aristóteles expuso una clasificación tripartita: el carácter del orador, las pasiones del auditorio y el valor demostrativo del discurso. Cicerón abre una subclasificación infinita,<sup>46</sup> y se encuentran, entre otras, la *definitio*, la *contrarium*, las *similia aut dissimilia*, las cosas conformes *consentanea* o no *dissentanea*, aquellas que son *coniuncta aut pugnantia inter se*, etcétera; es decir, para Cicerón, pruebas artificiales son aquellas que existen de por sí y se basan en operaciones lógicas, las que mediante lo conocido, buscan dar sentido a lo desconocido.

<sup>45</sup> Cicerón en *Partitiones Oratoriae*, XX, 69; *Orator*, 37 y 208; Quintiliano III, 3, 14 y 4, 12.

<sup>46</sup> *Part. Orat.*, II, 6, Top. II y ss.

En cuanto a Quintiliano, encuadra esta clase de pruebas en tres tipos: *signa*, *argumenta* y *exempla*. Las primeras realmente se refieren a pruebas inartificiales, ya que se producen con la labor del orador, y no son encontradas por él, lo que en la actualidad serían los indicios. Las segundas podían ser sobre las *res* (*causa*, *tempus*, *locus*, etcétera) o sobre las personas (*genus*, *natio*, *patria*, *sexus*, *aetas*, etcétera). Las *exempla* se extraían de casos similares u opuestos. Se asimilan las máximas y frases célebres, lo mismo que los “testimonios divinos”, siendo una variedad de testimoniales.

Estas nociones de *argumentum* o de *probatio* no coinciden en forma total con lo que en la actualidad se entiende por prueba. No está referida únicamente al establecimiento de hechos, sino también a aspectos propios del derecho o de su interpretación, y comprende a todo medio susceptible de ser utilizado en el arte de la persuasión. Las pruebas tomadas en este sentido son clasificadas de acuerdo con el arte del orador; hombres políticos que desempeñaban el papel de abogados y únicamente desde su punto de vista: donde la distinción fundamental entre las pruebas *ατεχνοί*, quien “*per se carent arte*”, aunque hay un arte para usarlas y refutarlas, y las *ετεχνοί*, cuya naturaleza “*est tota in arte*”. Para las dos, el rol del orador es *de tractandis argumentis*; para las segundas *etiam de inveniendis*. Esta clasificación no significaba ningún modo de otorgar algún grado de fuerza probatoria o valor jurídico a cada uno de los medios. Todos los medios probatorios tenían el mismo valor. Las pruebas artificiales corresponden más o menos a lo que hoy se conoce como presunciones. El concepto jurídico de presunción hay que ubicarlo históricamente en el momento en que los juristas se encontraron en la necesidad de resolver casos prácticos que implicaban cuestiones de hechos, campo en otro tiempo de elucubraciones de los retóricos, que así se vieron sustituidos.

Mientras que para los griegos no jugaron sino un papel inferior, Cicerón opinaba que ante los ojos de un buen juez los *argumenta* deberían pesar más que los testimonios a la hora de resolver, ya que en un momento dado el testigo puede sobornarse, mientras que un indicio es “*rerum vox, naturae vestigium, veritatis nota*”.<sup>47</sup> Al respecto, Cicerón expresó: “aque-  
llo sobre lo cual están todos de acuerdo, tiene que ser verdadero”.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> *De Oratore*, II, 27, 117.

<sup>48</sup> *De Republica*, I, 38, 59.V.

Entre mayor número de pruebas inartificiales se aportaran, mayor probabilidad de ganar se tenía.

### B. *Los legisladores*

Los primeros en la historia en clasificar oficialmente las pruebas fueron los legisladores del Bajo Imperio romano. Antes de esta época no se encuentran antecedentes sobre las pruebas en los monumentos jurídicos.<sup>49</sup> El Código Teodosiano de 438 contenía un título breve donde se encontraban disposiciones sobre la testimonial y el acta escrita, las cuales, aun cuando clasificadas en la misma compilación, no respondían a ningún criterio lógico.

Un siglo más tarde, bajo el imperio de Justiniano, el progreso fue considerable. A este periodo corresponden las reglas más claras, seguras y coordinadas en el tema de la prueba. Sin lugar a dudas, los textos del *Corpus Iuris Civilis* contienen lo más relevante en la materia. Tanto en el *Digesto*<sup>50</sup> como en el *Códex*<sup>51</sup> existen tres títulos concernientes a la prueba: la carga de la prueba, las presunciones, los testigos y los instrumenta.

Por lo que respecta a las presunciones, ya se distinguía entre presunciones de hecho, también conocidas desde entonces como presunciones simples o humanas, y las presunciones legales, divididas en *iuris tantum* e *iuris et de iure*, dependiendo de la posibilidad de presentar prueba en contra o no.

La presunción de hecho sólo podía ser tomada en cuenta por el juez si el indicio era grave y tenía una relación directa con el hecho a establecer.<sup>52</sup> Para arribar a los indicios, se admitió que los interrogatorios fuesen aportados por cualquiera de las partes y sobre cualquier tema.<sup>53</sup> A diferencia de la etapa del derecho romano clásico, en donde la *interrogatio in jure* era admitida excepcionalmente en algunos casos señalados por

<sup>49</sup> Lugar aparte de los juramentos voluntarios necesarios, el Edicto del Pretor no contenía ninguna disposición sobre las pruebas. Los autores clásicos no trataron tampoco la materia de las pruebas. Es probablemente cerca de la tercera o cuarta centuria cuando se comienza a encontrar en las obras jurídicas, pero no de una manera específica.

<sup>50</sup> *D.*, 22, 3, *De probationibus et praesumtionibus*, 4, *De fide instrumentorum et amissione eorum*, 5, *De testibus*.

<sup>51</sup> *C.*, 4, 19, *De probationibus*, 20, *De testibus*, 21, *De fide instrumentorum et amissione eorum*.

<sup>52</sup> *D.*, 41, 3, 44, 4.

<sup>53</sup> *C.*, 3, 32,19.

edicto, amén de que sólo se podía ofrecer por el demandante al principio de la instancia.

Las presunciones legales se vuelven más numerosas que las reconocidas por el derecho romano clásico. La mayoría admiten prueba en contra, y algunas consideradas como presunciones *iuris tantum* devienen en *iuris et de iure*; por ejemplo, la presunción de paternidad legítima, *pater vero is est quem nuptiae demonstrant*, consistía en considerar al hijo concebido durante el matrimonio como procreado por el marido y la mujer. En derecho romano, ninguna limitación señalaba la ley para que el marido discutiera la legitimidad del infante.<sup>54</sup>

La presunción en cuanto a la duración del embarazo considera que el hijo ha sido concebido durante el matrimonio cuando haya nacido al menos 180 días después de la celebración del matrimonio y hasta 300 días después de la disolución. En un texto tomado del *Digesto*, Ulpiano cita la cifra de 182 días<sup>55</sup> después de efectuarse el matrimonio, y a pesar de esto, el mismo jurisconsulto declara que se está frente a una presunción absoluta cuando el infante haya nacido dentro de los diez meses posteriores a la disolución del matrimonio, estando de acuerdo en que se pueda presentar prueba en contra.<sup>56</sup>

Una añeja costumbre entre los romanos consistía en que el marido incluyese en su testamento beneficios para su mujer, legándole la dote y el peculio. Con objeto de dirimir las controversias que se presentaran al respecto, los juristas de la República crearon una serie de normas, entre las que se destaca la *presumtio muciana* (presunción muciana de Q. Mucius Scaevola). Conforme a esta regla, los bienes adquiridos por la mujer durante su matrimonio procedían del marido o de los hijos (y ella no podía probar el origen de los mismos),<sup>57</sup> y por ello la mujer continuaba sometida a la potestad familiar y unida a la familia del marido, participando de sus bienes.

En materia de *stipulatio*, la presencia de las partes contratantes (el acreedor o estipulante, quien hace prometer, y el promitente o deudor, quien promete) se considera un elemento constitutivo y esencial para la validez del contrato; cabe la posibilidad de que la estipulación sea ver-

<sup>54</sup> *D.*, 2, 4, 5.

<sup>55</sup> *D.*, 38, 16, 3, 12.

<sup>56</sup> *D.*, 1, 6, 6.

<sup>57</sup> *D.*, 24, 1, 51.

bal, o conste por escrito, en este último caso se presume que las dos partes estuvieron presentes y que la interrogación ha tenido lugar. El beneficio de la presunción podía reinvertirse si el deudor lograba probar que el estipulante no había estado presente, y por lo tanto el contrato se consideraría nulo.

En materia de matrimonio, la cohabitación entre personas de igual condición hacía presumir la existencia del matrimonio, salvo prueba testimonial o escrita en contra.<sup>58</sup>

Tratándose de *locatio operis faciendi*, mientras la obra no hubiese sido aprobada, la pérdida era para el empresario, quien se presumía culpable salvo que se comprobara que la pérdida se había debido a un caso de fuerza mayor o a un vicio en la materia (prima) dada por el dueño, o cualquiera otra causa imputable al dueño.

Después de Caracalla, el deudor entablaba una queja contra un supuesto acreedor para que el juez declarara la inexistencia de la deuda, aún habiéndose comprometido el deudor a reembolsar una cantidad, por el hecho de no habérsela entregado previamente el supuesto acreedor (*querela non numeratae pecuniae*) y demandaba la restitución del pagaré, es decir, se pretendía acreditar *l'exceptio non numeratae pecunia*; luego entonces, había una presunción *iuris tantum* de que el deudor, aunque firmó el pagaré, nunca recibió el dinero (las pruebas negativas siempre son difíciles de acreditar); en ese momento se revierte la carga de la prueba y es quien reclama el dinero quien debía probar que el dinero ha sido entregado (prueba positiva). Sin embargo, el deudor no podía beneficiarse de esta inversión de la carga de la prueba sino hasta después de transcurrido un año.

El deudor sólo lograba el beneficio de demorar el pago. Bajo el imperio de Justiniano, esta postergación del pago llegó hasta dos años. Pero finalmente el acreedor era el beneficiado. La entrega del título de la deuda por el acreedor al deudor o la destrucción del título por parte del acreedor hacía presumir (*iuris tantum*) el pago y, por lo tanto, la liberación del deudor. Ahora bien, si el acreedor en realidad no había recibido el pago podía presentar una prueba en contra de la presunción, pero ésta debía ser presentada en un término de treinta días en tiempos de Justiniano. Pasado este término, aquí también la presunción en principio *iuris tantum* se vuelve absoluta.

<sup>58</sup> *D.*, 25, 7, 3.

El estado de manumisión hace presumir que el sujeto ha sido manumitido y la posesión del estado *ingenu* permite presumir que es un *ingenu*, y seguro también se presumía la posesión y buena fe tratándose de la prescripción adquisitiva (positiva) y de la adquisición de frutos.

### C. Los glosadores

Basados en los métodos analítico y exegético, los glosadores de la escuela de Bolonia, en el siglo XII, participaron sustancialmente en la teoría de las presunciones. En la obra más destacada, denominada *La glosa ordinaria*, se hace una clasificación cuatripartita sobre las presunciones, distinguiéndolas en *iuris et de iure, hominis, naturae y facti*.

Esta clasificación tiene por objeto combinar dos criterios distintivos: la fuerza probatoria y el objeto de la presunción. Bajo el primero de ellos se agrupan las presunciones *iuris et de iure* y las *hominis*, y el segundo se utiliza para analizar a las *naturae* y a las *facti*.

Aunque digno de tomarse en cuenta, el esfuerzo hecho por esta escuela no fue suficiente, ya que, por ejemplo, no explicó por qué algunas presunciones no admitían prueba en contrario. En tanto que la clasificación apoyada en el objeto es calificada de fuertemente artificial, en virtud de que la presunción *facti* reposa sobre la naturaleza de las cosas.<sup>59</sup>

### D. El derecho canónico medieval

La segunda gran clasificación de las pruebas se encuentra en el derecho científico romano-canónico medieval, con una duración que persistió hasta la época moderna, cerca de la revolución de las codificaciones.

Para la doctrina científica, la *probatio* es un *genus*, el cual se divide en diversas especies; y hay tantas divisiones como autores. Estos autores tratan usualmente a la prueba en el orden de la fuente que comentan (Digesto, Código o Decreto). Pero desde el siglo XII se opuso la prueba propiamente dicha, suficiente, *probatio vera*, legítima, a la presunción simple,<sup>60</sup> *probatio ficta* o *quasi-probatio*. Hacia el fin de ese mismo siglo se

<sup>59</sup> Decottignies, Roger, *Les presomptions en droit privé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencia R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1950, p. 32.

<sup>60</sup> Se nota el cambio dado después de la Antigüedad. En Roma, la *praesumtio* era un aspecto visto como una ventaja, con preferencia ante las demás pruebas.

comenzó a difundir una terminología nueva; la *probatio* plena entraña para el juez plena *fides*. Una presunción únicamente produce una semi-plena *fides*.<sup>61</sup> El origen de esta nomenclatura vino después a considerar que dos testigos son necesarios para obtener prueba plena; uno sólo logrará la mitad. A diferencia de los retóricos, se aprecia aquí una clasificación jurídica de la prueba con base en la fuerza probatoria de los medios.

Pronto aparecieron nuevas complicaciones: por encima de la *probatio* plena se va a estimar la notoriedad; arriba de la semiplena, los indicios simples. Se obtendrán también los grados de prueba (*gradus*). También habrá que distinguir entre *probationes plus o minus quam semiplena*, de las *quasi-presumtiones* o *praesumtiones semiplenae*. Esos subtítulos no tuvieron mayor éxito, pero el resto de la construcción se conservó. El resultado global se mantiene bien plantado hasta el siglo XIII.

En la máxima jerarquía, se podría decir “fuera de clase”, imperó lo *notorium*, la notoriedad, la cual es una creación del derecho canónico con el fin de obtener una represión pronta de situaciones escandalosas y evitar que los culpables no se refugiasen en un procedimiento protector. “*Que manifesta sunt, iudiciarium ordinem non requirunt*”.

Bastante equivocada durante un tiempo, la noción de notoriedad fue aplicada hasta que fue superada, por considerar que no procuraba en nada la certidumbre. Se asimilan poco después a la notoriedad otras situaciones donde el procedimiento de administración de la prueba no era necesario, y alrededor de 1215 se podía decir: “*notorium triplex est... notorium facti, notorium iuris et notorium praesumtionis*”. Esta división fue unánimemente aceptada.

El *notorium facti* es aquel que se muestra a los ojos de todos, “*publice coram omnibus*”. La prueba se hace por el *aspectus, per rei evidentiam*. Por ahí se alcanza la perfecta ciencia.<sup>62</sup> Es la “óptima y superlativa *probationum*”, la prueba “*non rei dubie sed certissime*”, pues según las enseñanzas de Aristóteles y Averroes, el mejor conocimiento que se puede

<sup>61</sup> Bernard de Pavie, II,16,1; Azon, *Summa Codicis*, 4,19, no. 12; Damasus, *Ordo iudicariiustit. 56*, ed. Wahrmund, *Quellen*, IV,4 (1926), citado por Levy, J. P., “Classifications des preuves dans l’histoire de droit”, *La Preuve en Droit*, Bruselas, Établissements Émile Bruylant, 1981, p. 35.

<sup>62</sup> Bartolo, sobre D., 12, 2, 31, no. 15.

tener sobre las cosas es el conocimiento inmediato a través de los sentidos.<sup>63</sup>

Este tipo de notoriedad era útil para aquellos casos sobre hechos más o menos permanentes como por ejemplo el concubinato. Las dificultades empiezan cuando se trata de hechos aislados: éstos pueden ser notorios en cierto momento, pero no será lo mismo más tarde. De aquí se crearon, al lado de los *notorium facti continui* o *permanentis*, los *notorium facti transeuntis* o *momentanei*, para un hecho aislado o pasado. Y entre ambos se hablaría de *notorium facti interpolati* para aquellos actos que no fueran continuos, pero sí repetidos, como aquellos de un usurero frecuente. Tras una serie de decretos pontificales se asimilaron a lo *notorium* dos hechos que constituyeron lo *notorium iuris*: la confesión en justicia y la cosa juzgada.

En cuanto a la tercera categoría, la *notorium praesumtionis*, se trata de presunciones legales, las cuales son de dos tipos: la presunción legal irrefutable, *iuris et de iure*.<sup>64</sup> El hecho que ella obliga tener por establecido como si fuera realmente notorio, y la presunción violenta. Esta presunción también dispensa la presentación de la prueba; de aquí su clasificación de notoriedad, pero no limita la posibilidad de presentar prueba en contra.<sup>65</sup>

Bajo estas tres formas, cuando un hecho entraba en el rango de la notoriedad significaba ventajas: no necesitaba probarse; se daba por hecho. Salvo en el caso límite de la presunción simple, la prueba en contrario era imposible. Una denegación tampoco era probable.

Dejando a un lado la máxima jerarquía, se va a encontrar el grado normal de la prueba: la *probatio plena perfecta*. La verdad no se hallará a través de la percepción de los sentidos, ya no se aspira a la *certitudo infallibilis*; basta una *probabilis certitudo*.

Bajo este crisol, se considera que hacen prueba plena la testimonial y las actas escritas, *instrumenta*. La confesión extrajudicial se le asimilará

<sup>63</sup> Cfr. Bartolo, “*Secundum naturam nil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*”, *Tract. de testibus*, no. 4.

<sup>64</sup> La expresión era ya conocida, citada por Azon, *Summa* C. 4, 19, no. 7: “licet a legge aliquid praesumatur, tamen contrarium probatur: nisi lex ipsa praesumat, et ratione praesumptionis generales faciat statutum, hoc est (ut dicunt, et bene) quod est praesumptio iuris et de iure”, citado por Levy, *op. cit.*, nota 61, p. 37.

<sup>65</sup> La expresión *notorium praesumtionis* aparece por primera vez en la glosa ordinaria de Joh Teutonicus (2q. 1c. 15).

únicamente en materias civil y patrimonial por su semejanza con las actas escritas; por otra parte, algunas presunciones “violentas” apenas fueron tomadas en cuenta.

Pero no bastaba simplemente decir que determinada prueba era plena para que ella fuese suficiente, ya que una prueba no excluye la posibilidad de la presentación de otra; los conflictos que se presentaron fueron previstos y regulados entre las pruebas; por ejemplo, entre dos pruebas de una misma especie, escritos o testigos contradictorios, o bien, la presentación de dos tipos de pruebas distintas: testigos contra actas escritas.

Ahora bien, la lista de pruebas *semiplenae* se integraba por el testigo único, la mayor parte de las presunciones humanas (*praesumtio probabilis, verisimilis*), y la comparación de escritura.

Debajo de estas pruebas semiplenas se encontraban los indicios, tales como enemistad con la víctima, amenazas proferidas contra ella, etcétera. Estos indicios tenían como función, por un lado, confirmar una prueba ya hecha, y, por el otro, aplicar la tortura.

La opinión general rechaza el uso de indicios frívolos o falibles, los cuales fueron llamados *praesumptio temeraria* o *presumptuosa*. No se podía inferir nada del hecho de que un hombre y una mujer hayan hablado una sola vez.<sup>66</sup>

Cabe mencionar que esta clasificación de pruebas meticulosas era propia de un espíritu escolástico que así como clasificaba grados de prueba también lo hacía con pecados capitales, virtudes teológicas y cardinales.

Toda esta clasificación y graduación de las pruebas que tan importantes consecuencias jurídicas produjo, y la cual en principio era defendible, es malograda por la combinación de dos reglas prioritarias: la fuerza reconocida a la confesión y el hecho de los indicios, los cuales, además de tener que ser serios, debían ser probados, autorizando la aplicación de la tortura, lo cual condujo a que la labor judicial se sostuviera sobre una maquinaria represiva. Interesantes conflictos se presentaron a la luz de esta escuela de la prueba. Baste señalar el caso donde existían por ambas partes pruebas semiplenas, o bien la presencia de una prueba plena al lado de un conjunto de pruebas semiplenas, etcétera. Amén de tomar en consideración que dependiendo de la naturaleza del juicio, las pruebas cambiaban de valor.

<sup>66</sup> Santo Tomás, *Summa Theologica*, II, II, q. 60, artículo 3.

Todo este sistema tan preciso, en donde poca libertad le quedaba al juzgador, tuvo vigencia hasta finales del siglo XVIII, y el único cambio importante que se registró fue la sustitución de la prueba testimonial por la escrita.

#### E. *El Renacimiento*

“Le Duaren, en *Opera omnia* 1746, volumen III, *De probationibus*, capítulo IV, ha puesto a la luz la distinción entre prueba directa y prueba oblicua”.<sup>67</sup> En las primeras se prohíbe la introducción del carácter artificial, y en las segundas, por el contrario, será el rasgo característico. También resulta relevante el establecimiento de una graduación de la fuerza probatoria, sobre todo por lo que se refiere a las pruebas indirectas u oblicuas.

En este mismo periodo, el jurista italiano Andrea Alciato establece por primera vez una distinción entre ficción y presunción, fundamentándola en la idea de verdad que acompaña a la presunción, y dándole el tratamiento de opuesta a la verdad a la segunda.

Finalmente, Menochio hizo una recopilación abundante de jurisprudencia y doctrina de la época, en donde se refleja el acentuado interés de los juristas en el estudio de las pruebas en general y de las presunciones en particular.

#### F. *El Código napoleónico*

Los artículos 1349 a 1353 del Código de Napoleón, que tanta influencia ejercieron en la legislación occidental, fueron inspirados por Pothier. Al respecto, Decottignies estimó que los redactores del Código Civil incurrieron en el mismo error que su predecesor, confundiendo las reglas de fondo y las reglas de prueba, y señala como muestra de ello la confusión de los redactores del Código revelada en el artículo 1349. Tomaron la definición de Domat, quien consideraba a las presunciones como “consecuencias sacadas de un hecho conocido para servir de prueba respecto de un hecho desconocido”, plasmando en el Código la definición de presunción como “consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho

<sup>67</sup> Decottignies, *op. cit.*, nota 59, p. 35.

conocido a uno desconocido”. La confusión fue denunciada por autores eminentes, entre ellos Gény, quien ha demostrado que la presunción no goza de la misma función en las reglas de la prueba que en la elaboración de las reglas del derecho.<sup>68</sup>

#### *G. Derecho procesal germano*

En la Alemania antigua era ignorada la presunción como concepto jurídico. Así, por ejemplo, para resolver el problema relativo a la determinación de las circunstancias externas que en el ejercicio de la acción reivindicatoria hubieran de decidir sobre la asignación de la prueba, y no mediante el simple hecho de la posesión, había de hacerse constar en el procedimiento mediante expresas palabras solemnes “el juramento”; éste debería fundarse en hechos de los cuales se dedujera necesariamente el derecho; de lo contrario se habría frustrado el procedimiento.<sup>69</sup>

Esta tendencia se fue desvaneciendo una vez que se encuentra con el derecho romano; es decir, se sustituyó la prueba, que en sí habría de ir dirigida sobre hechos, por una presunción que comprende de una vez todo el conjunto de hechos a demostrar, dirigida inmediatamente sobre el derecho. De este modo se creó una figura que tomó la forma del derecho romano y el contenido del derecho germano: la presunción de una relación jurídica.<sup>70</sup>

#### *H. Las presunciones en la historia del derecho mexicano*

En el México independiente se expidió el Código de Procedimientos Civiles en 1872, en donde se instaura la presunción como “la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido; la primera se llama legal y la segunda humana” (artículo 757). De igual forma, se detalla la clasificación adoptada al respecto y se le da un tratamiento procesal (artículos 758-767).

Más tarde, este Código fue reemplazado por otro, expedido en 1880, en donde prácticamente se repite la redacción de su antecesor por lo que

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 36-38.

<sup>69</sup> Hedemann, Wilhelm, *Las presunciones en el derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1931, pp. 54-56.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 58.

a las presunciones concierne, con las únicas diferencias de manifestar “que las presunciones humanas no servirán para probar aquellos actos que, conforme a la ley, deben constar en una forma especial” (artículo 708),<sup>71</sup> y de reformar el concepto de presunción humana.

#### 4. Clasificación

La clasificación tradicional de las presunciones ya reconocida por los posglosadores, amén de ser la más recogida por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de casi todo el orbe, tiene su apoyo en el poder que las establece,<sup>72</sup> y se catalogan en presunciones simples, del hombre o judiciales y presunciones legales o del derecho; dentro de estas últimas se distinguen las presunciones absolutas (*iuris et de iure*) y las relativas (*iuris tantum*).

##### A. Las presunciones simples, del hombre o judiciales

Las presunciones *hominis* son las que el juez deduce por el examen de los indicios, guiándose por las reglas de la sana crítica, con objeto de establecer definitivamente sus convicciones; también son empleadas por los litigantes como conclusión de su raciocinio o en relación con un punto de partida o con respecto a un elemento de su argumentación en su alegato. No están sujetas, pues, a criterio legal alguno, y son establecidas por el juez según su ciencia y conciencia.<sup>73</sup>

La función procesal de estas presunciones consiste en servir de guía al juez para la evaluación de las pruebas. Tal situación es muy importante y sucede constantemente; por ejemplo, cuando se critica la exposición del testigo o del perito y se mide su credibilidad conforme a la clase de hechos que narra; el tiempo transcurrido desde la percepción, la forma como ésta ocurrió; las capacidades del exponente, etcétera. De acuerdo con las circunstancias, el juez infiere una presunción judicial a favor o en

<sup>71</sup> Pérez Becerril, Alonso, *Presunciones tributarias en el derecho mexicano*, Méjico, Porrúa, 2001, pp. 16-18.

<sup>72</sup> Fairén Guillén, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 427.

<sup>73</sup> Alsina, Hugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediar, 1961, t. III, p. 687.

contra de la verosimilitud de los hechos que son objeto de esas pruebas y de la sinceridad del sujeto que se las hace conocer.<sup>74</sup>

El sujeto interesado en que el juzgador asuma como propia una presunción por él pretendida, deberá proporcionar al juez todos los elementos esenciales de la misma, inclusive su fundamento. No sólo deberá probar el hecho base, sino también convencer al juez de la conexión del mismo con el hecho consecuencia que pretende se tenga por probado.<sup>75</sup>

Al respecto, en la jurisprudencia mexicana se sostiene que:

Los fallos fundados en pruebas presuntivas deben fincarse en auténticas presunciones que convenzan al juzgador, no en falsa apreciación de hechos que suplan la creencia de los requisitos lógicos que debe haber en una auténtica presunción. Cualquier otra presunción viene a contrariar el espíritu, tanto de nuestra Constitución como el de la jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte.<sup>76</sup>

La manera de usar o de valerse de las presunciones revela el grado de agudeza y de experiencia de cada juzgador, porque es posible ver la habilidad que tiene éste para hacer valer y para combinar racionalmente cada uno de los resultados probatorios obtenidos con las demás pruebas. En definitiva, las presunciones demuestran la capacidad de inteligir del juzgador sobre los resultados probatorios.<sup>77</sup>

Todos los razonamientos lógicos que desarrolla el juzgador en la valoración de la prueba son igualmente procesos presuntivos. La presunción entraña una doble operación lógica, consistente en una deducción fundada en una inducción o, en otras palabras, una deducción regulada por las máximas de la experiencia.<sup>78</sup>

### B. *Las presunciones legales*

Las presunciones legales son instituidas por el mismo legislador, quien hace el razonamiento y establece la presunción, de modo que una vez

<sup>74</sup> Devis Echandía, Hernando, *op. cit.*, nota 25, p. 698.

<sup>75</sup> Serra Domínguez, M., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1981, t. XVI, vol. 2, p. 74.

<sup>76</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LXXI, p. 2048.

<sup>77</sup> Climent Durán, C., *La prueba penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 582.

<sup>78</sup> Muñoz Sabate, Luis, *Técnica probatoria*, Barcelona, Praxis, 1967, pp. 186 y 187.

que se prueban ciertos eventos, el juzgador debe tener por ciertos los hechos. Las presunciones legales son las que están relacionadas por una ley especial con ciertos actos o hechos. Hay presunción legal cuando la ley la implanta en forma expresa; cuando la consecuencia nace inmediata y directamente de la ley.<sup>79</sup> Este tipo de presunciones están redactadas en términos generales para todos los casos análogos, se imponen a la apreciación del juzgador, y salvo en el caso de intentar destruirlas cuando sea posible por no estar prohibido el contrariarlas, más que un problema de prueba hay en ellas una declaración de derecho.<sup>80</sup>

La presunción legal crea un mandato legislativo en el cual se ordena tener por establecido un hecho siempre que otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobado suficientemente. Al igual que el juez, el legislador tiene en cuenta que según el orden normal de la naturaleza, de ciertos hechos se derivan determinados efectos jurídicos,<sup>81</sup> y entonces, por razones de orden público, se impone una solución de la que aquél no puede apartarse; por ejemplo: la experiencia enseña que el hijo no está en el seno materno menos de 180 días ni más de 300, y con base en ello la ley dispone que el hijo nacido después de 180 días de “consumado el matrimonio” o dentro de los 300 días siguientes a su disolución se presenta como concebido durante éste; y es por consiguiente legítimo si no se probase que habría sido imposible al marido tener acceso con su esposa en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

Son presunciones legales las establecidas por la ley, que vinculan la libertad de apreciación del juez; tienen carácter excepcional y por eso son objeto de una especial disposición de la misma ley; no se admite respecto de ellas la interpretación analógica.<sup>82</sup>

Las presunciones implantadas en una ley se constituyen con bases de apoyo en el criterio del juzgador, al examinar las cuestiones relativas a los hechos.<sup>83</sup>

<sup>79</sup> Dellepiane, Antonio, *Una teoría de la prueba*, 9a. ed., Bogotá, Temis, 1989, p. 99.

<sup>80</sup> Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al Código Civil español*, 8a. ed., Madrid, Reus, 1969-1987, t. VIII, vol. 2, p. 269.

<sup>81</sup> “Quando secondo l’esperienza che noi abbiamo dell’ordine normale delle cose un fatto, noi conosciamo la esistenza d’uno dei due fatti presumiamo l’esistenza dell’altro”. Chiovenda, Giusseppe, *Principi di diritto processuale*, Madrid, Reus, 1977, t. III, p. 281. En el mismo sentido *cfr.* Muñoz Sabate, Luis, *op. cit.*, nota 29, p. 187.

<sup>82</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXVII, p. 493.

<sup>83</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. CXXIII, p. 1121.

Inclusive se ha llegado al extremo de opinar que las presunciones deben siempre estar consagradas en una norma.<sup>84</sup>

#### *a. Presunciones absolutas*

Las presunciones absolutas no admiten prueba en contrario; se consideran *iuris* porque las ha introducido el derecho, y *de iure* porque en fuerza de ellas da la ley por resuelto el asunto en que concurren. Algunas veces, esta categoría de presunciones las elaboró el legislador no fundándose en una máxima de la experiencia, sino en una realidad preconcebida por él mismo. Así, por ejemplo, dispone que “la ignorancia del derecho no excusa su cumplimiento, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley”; lo que importa es tener por cierto que la ley es conocida por todos.<sup>85</sup>

Este tipo de presunciones tiene fundamentalmente una función sustancial y extraprocesal, además de la indirectamente probatoria: darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial, como por ejemplo el ejercicio de los derechos políticos (presunción de su capacidad para su ejercicio de los mayores de edad). Desde este ángulo se reconocen ciertos derechos esenciales y permiten su ejercicio judicial y extrajudicial.

La interpretación generada por el Poder Judicial federal en México ha apoyado esta línea de pensamiento al expresar que la construcción de presunciones legales absolutas se encuentra justificada por la necesidad de resolver la incongruencia entre la realidad jurídica y la realidad económica, a cuya coincidencia aspira la justicia.

Las presunciones absolutas suponen el enlace establecido por su autor entre un hecho conocido y otro que aunque se desconoce debe reputarse existente para efectos de la ley, por ser realmente posible o probable su realización cuando así lo demuestren las máximas de la experiencia y el conocimiento del mundo fáctico sobre el que se pretende actuar.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, agosto de 2000, t. XII, tesis aislada II, 3º. C. 14 C, p. 1184.

<sup>85</sup> Alsina, Hugo, *op. cit.*, nota 73, p. 697.

<sup>86</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, segunda parte, enero-junio de 1989, t. III, tesis aislada, p. 570.

Desde otra perspectiva doctrinal, el establecimiento de este tipo de instituciones ha generado una gran controversia, ya que autores como Cafferata Nores conciben a estos instrumentos jurídicos como verdaderas presunciones; siendo suficiente que exista de por medio un juicio de probabilidad para que se califiquen como tales.<sup>87</sup> En un sentido similar, pero en tono más moderado, se expresa Francesco Tesauro: “Las presunciones, ya absolutas, ya relativas (que sean auténticamente presunciones y no otras figuras jurídicas, como asimilaciones, definiciones, ficciones, etcétera), son normas procesales”.<sup>88</sup>

De manera semejante ha opinado Falcón y Tella, para quien las presunciones absolutas son normas que producen frutos en el terreno de la prueba, pero al no aceptar prueba en contrario por el particular, son de aplicación opcional para la autoridad.<sup>89</sup> Entre tanto, un importante número de juristas les niegan acertadamente el carácter de presunción a estas instituciones jurídicas, ya que suponen ni más ni menos que una dispensa de la prueba a favor de una de las partes, junto con una simultánea denegación de prueba respecto de la otra.<sup>90</sup>

Las presunciones legales absolutas no tienen una simple significación probatoria, sino que alteran el tema de la prueba, en cuanto sustituyen el hecho jurídicamente relevante por otro equivalente a él, aun cuando no lo sea en el caso en concreto.<sup>91</sup> De manera enfática, Gómez Colomer manifiesta: “Por los estudiosos del derecho civil es sabido ya que hoy no puede admitirse la existencia de presunciones *iuris et de iure*, sino que todas las presunciones son *iuris tantum*, por consiguiente que admiten prueba en contrario”.<sup>92</sup> De ahí que la presencia de una presunción *iuris tantum* implica la inversión de la carga de la prueba.<sup>93</sup>

<sup>87</sup> Cafferata Nores, *op. cit.*, nota 28, p. 201. En el mismo sentido, Devis Echandia, H., *op. cit.*, nota 25, p. 698.

<sup>88</sup> Tesauro, Francesco, “Le presunzioni nel processo tributario”, *Le presunzioni in materia tributaria*, Rimini, Maggioli Editore, 1987, pp. 47 y 50.

<sup>89</sup> Citado por Sánchez Pino, Antonio José, *Presunciones y ficciones en el IRPF*, Huelva, Universidad de Huelva, 1995, p. 33.

<sup>90</sup> González Navarro, Francisco, *Procedimientos administrativos especiales*, Pamplona, Escuela Nacional de Administración Pública, 1969, p. 98.

<sup>91</sup> Goldsmith, James, *Derecho procesal civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1968, vol. I, pp. 259 y 260.

<sup>92</sup> Gómez Colomer, *op. cit.*, nota 29, p. 299.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 300.

De este modo, las llamadas presunciones *iuris et de iure*, al presentarse bajo la apariencia de verdad indiscutible, se excluyen del campo de la prueba, y si bien es cierto que puede precederles un juicio de probabilidad, la conjetura dada por el legislador se vuelve imperativa y el hecho base deja de tener importancia. No obstante, dada la relevancia que presentan en el ámbito materia de estudio, su análisis se incluye en este trabajo.

### *b. Presunciones relativas*

Esta categoría de presunciones consienten la presentación de prueba en contrario, imponiéndole esa carga a quien aspire a desvirtuarlas. Por ello, quien tiene a su favor una presunción *iuris tantum* estará dispensado de probar el hecho alegado, pero en cambio debe acreditar los hechos que constituyan las premisas o presupuestos de las mismas. El legislador conecta el hecho desconocido al hecho base, pero de forma más abierta que en las presunciones *iuris et iure*, de modo que aun demostrado el hecho base, el juzgador se puede separar de tal afirmación presumida si se le lleva al convencimiento de que las cosas fueron o son de distinta manera.

La institución de la presunción *iuris tantum* se justifica por razones de seguridad jurídica, pero puede crear una desigualdad entre las partes, ya que favorece necesariamente a una de ellas en nombre de otras consideraciones o valores, como la verdad o la seguridad jurídicas, *v. gr.*, la presunción de inocencia que protege al hombre contra la calumnia y los abusos del poder, la presunción de legalidad de los actos de autoridad, facilitan la función pública.<sup>94</sup>

El derecho civil mexicano cuenta, entre otras, con las siguientes presunciones *iuris tantum*: la presunción de validez del matrimonio (artículo 253) y las presunciones derivadas de la posesión (artículos 801 y 802).<sup>95</sup>

Para saber cuándo una presunción pertenece a una u otra categoría bastará con examinar los términos de la ley; si ésta prohíbe la prueba en

<sup>94</sup> Perelman, Charles, “Essai de synthése”, *Présomptions et fictions en droit*, Bruselas, Établissements Émile Bruylants, 1974, p. 340.

<sup>95</sup> Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, “Presunción”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. V, p. 733.

contrario, la presunción será *iuris et de iure*. Sin embargo, este criterio no es bastante, ya que hay casos en que la prueba no está prohibida, y, no obstante, resulta evidente que en ellos no es admisible (artículos 1821 del Código de Comercio y 382 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). Pero como se ha visto, los códigos no contienen una regla general al respecto, sino que para ciertos casos prohíben la prueba contraria y en otros guardan silencio, por lo que al considerar los fundamentos de la presunción legal, ésta deviene *iuris et de iure* en aquellos casos en que se halle interesado el orden público; es decir, porta un carácter excepcional. En este orden de ideas, Eduardo Pallares estima que en caso de duda la presunción debe calificarse como *iuris tantum*.<sup>96</sup>

Si bien es cierto que toda la doctrina está de acuerdo con esta clasificación, al momento de decidir qué instituciones jurídicas son presunciones o no, y a qué clasificación pertenecen, amplia es la discrepancia que manifiestan. Para muestra basta un botón: Giusseppe Chiovenda, al apuntar sus ideas sobre las presunciones *iuris tantum*, cita como ejemplo la presunción de buena fe del poseedor (artículo 1352 del Código Civil italiano), y quien alegue la mala fe debe probarla (artículo 702 del Código Civil italiano).<sup>97</sup> En distinto sentido se expresa Rosemberg al referirse a esta idéntica circunstancia de la posesión de buena fe reconocida por los ordenamientos legales. El Código general austriaco, en el artículo 1460, requiere para la usucapión que la posesión sea legítima, de buena fe y verdadera; el artículo 328, inciso 2, del citado código incluye una “presunción a favor de la probidad de la posesión”. Del mismo modo procede el Código suizo, en cuyo artículo 728 se dispone que: “adquiere la propiedad por usucapión quien de buena fe posee como propia una cosa... durante cinco años en forma ininterrumpida e indiscutida”. Pero el artículo 2o. establece una presunción general a favor de la existencia de la buena fe, y acentúa el autor:

De acuerdo con todos estos derechos, el tema de la prueba no es, pues, la buena fe sino la mala fe del usucapiente. ¿Quiere ello decir que se está frente a una presunción a favor de la buena fe, tal como lo expresan los sistemas jurídicos de Austria y Suiza? Será fácil demostrar que no se trata

<sup>96</sup> Pallares, Eduardo, *op. cit.*, nota 29, p. 416.

<sup>97</sup> Chiovenda, Giusseppe, *op. cit.*, nota 81, p. 261.

de una presunción, pues la presunción de la buena fe en el artículo 328 del AGB y en el artículo 728 del ZGB, no depende de ninguna suposición previa, son que en general la buena fe debe suponerse.<sup>98</sup>

Al referirse al tema de la clasificación de las presunciones, el destacado fiscalista Gustavo A. Esquivel Vázquez, tomando como base el Código Federal de Procedimientos Civiles, clasifica las presunciones legales en absolutas y relativas; al explicar las segundas aclara: “2. Relativas (*iuris tantum*) que admiten prueba en contrario. La ley recoge la anterior diferencia en el artículo 191 del Código Federal de Procedimientos Civiles, al señalar que las presunciones que admiten prueba en contrario son las humanas y en consecuencia son las relativas”.<sup>99</sup>

Francisco González Navarro considera que el derecho positivo comprende bajo el género “presunción” dos especies distintas: 1) las presunciones establecidas por la ley, las cuales pueden ser *iuris tantum*, que admiten prueba en contrario, o *iuris et de iure*, que no consienten prueba en contra, y 2) las presunciones formadas por el juez, a iniciativa de las partes o por iniciativa propia, son las presunciones no establecidas en la ley (llamadas también presunciones simples, presunciones humanas o presunciones judiciales).<sup>100</sup>

Como se advierte, en el primer caso las presunciones humanas son presunciones *iuris tantum*, y éstas, a su vez, son presunciones legales, y bajo el segundo esquema las presunciones humanas son presunciones distintas a las legales.

En otro orden de ideas, mientras que las presunciones legales y las judiciales o humanas son manifestaciones de un único concepto de presunción, cabe aclarar que existen diferencias fundamentales entre ellas, a saber: las afirmaciones básicas vienen predeterminadas legalmente en el caso de las presunciones legales, y en las presunciones judiciales las elige libremente el hombre;<sup>101</sup> las presunciones legales tienen un número limitado, ya que vienen preestablecidas por el legislador, en tanto que las judiciales son evidentemente ilimitadas. Además, las presunciones lega-

<sup>98</sup> Rosenberg, Santiago, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 184.

<sup>99</sup> Esquivel Vázquez, Gustavo A., *op. cit.*, nota 29, p. 166.

<sup>100</sup> González Navarro, Francisco, *op. cit.*, nota 90, p. 97.

<sup>101</sup> Serra Domínguez, M., *Comentarios...*, *cit.*, nota 75, p. 600.

les pueden ser conocidas con exactitud por las partes de manera previa al proceso, en tanto que las humanas sólo pueden percibirse de manera imprecisa por las partes.<sup>102</sup>

### *C. Otras clasificaciones*

El ilustre procesalista español Luis Muñoz Sabate crea una clasificación que distingue entre presunciones de medio y presunciones de resultado.<sup>103</sup>

Por otro lado, el distinguido maestro Joseph Aguiló Regla también formula su clasificación de las presunciones, ordenándolas en presunciones en sentido estricto y presunciones aparentes.<sup>104</sup> Ambas clasificaciones se explicarán en el apartado de la naturaleza de la presunción, dado el contenido de los criterios utilizados por sendos pensadores.

Finalmente, también se puede clasificar a la presunción tomando en cuenta la disciplina jurídica en la que se desenvuelva; así, por ejemplo, se habla de las presunciones civiles, fiscales, laborales, etcétera.

## *5. Naturaleza*

Es éste un tema muy debatido que suscita opiniones encontradas, y que para su desarrollo se tomará en cuenta la primera de las clasificaciones antes expuestas.

### *A. Las presunciones simples, judiciales o humanas*

Sobre el plan de las presunciones simples se llega a una verdad inducida por el juez sobre situaciones o hechos fragmentarios pero considerados como significantes.

Toda la actividad interpretativa del juzgador, sobre todo aquella consistente en valorar las pruebas, está impregnada de procedimientos presuntivos.

<sup>102</sup> Serra Domínguez, M., *Normas de presunción en el Código Civil y en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, Nauta, 1963, p. 43.

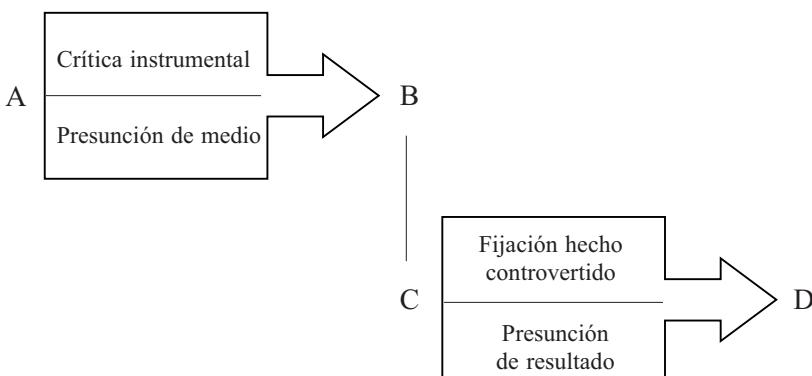
<sup>103</sup> Muñoz Sabate, Luis, *op. cit.*, nota 78, pp. 183-185.

<sup>104</sup> Aguiló Regla, Joseph, "Notas sobre 'presunciones' de Daniel Mendonca", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 22, 1999, pp. 652-654.

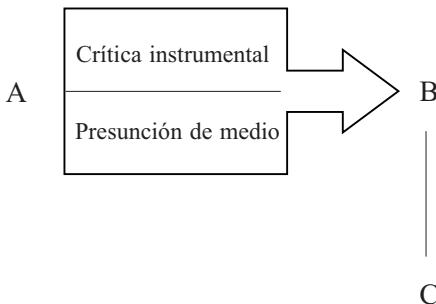
Una observación se impone, pues las presunciones simples suponen la existencia de un hecho o un dato objetivamente conocido, y con apoyo en una máxima de experiencia se llega al descubrimiento de otro hecho desconocido.

Innegablemente, todo apunta a otorgar una naturaleza procesal a esta especie de presunciones, ya que tiene lugar en el ámbito probatorio; pero cabe ahora la pregunta: ¿son un instrumento de prueba? Para definir la naturaleza de este tipo de instituciones, Muñoz Sabate expone magistralmente una distinción entre presunciones de medio y presunciones de resultado, tomando como punto de partida el momento en que el juez tiene que valorar los instrumentos heurísticos —testigos, documentos y piezas—. En ocasiones, una vez calificado dicho instrumento, así como demostrada su veracidad, el juzgador elabora de manera inmediata su conclusión. A esta operación se le llama presunción de medio.

En otros casos, la acreditación y valoración del instrumento heurístico sólo revelará la existencia de un hecho intermedio, del cual el juez deberá inferir, en una segunda fase, la conclusión. A este segundo modo de operar se le denomina presunción de resultado. Por ejemplo, para evidenciar que el actor no tiene derecho al beneficio de pobreza, por ser rico (afirmación D), se ofrece como medio de prueba al testigo Cayo, quien declara haberlo visto practicando la equitación (afirmación C). Al juez le convence el testimonio rendido por Cayo (afirmación B), por ser hermano de dicho actor y vivir con él en buenas relaciones (afirmación A). Esquematizando este proceso inferencial, se tendría:



Si el hecho controvertido fuese la afirmación de que el actor practicaba la equitación, el esquema sería:



Cuando la doctrina usa el término “presunciones” se refiere a las presunciones de resultado, en donde la inferencia es mediata y la tarea del juzgador ha sido la de penetrar en el discurso jurídico, valiéndose de la aplicación de variadas máximas de experiencia.

“La presunción envuelve un delicadísimo juicio de razón” (Tribunal Superior, 13 de abril de 1964, Aranzadi, 1862) “que se abandona a la inteligencia y sagacidad del magistrado” (Audencia de Madrid, 25 de noviembre de 1960, *Revista General de Derecho*, 1961, p. 227), “siendo la prueba más aséptica y de mayor carga y rigor intelectual” (Audencia Territorial, Palma Mallorca, 28 de junio de 1960, *Revista General de Derecho*, 1961, p. 716).<sup>105</sup>

Ahora bien, ¿sobre qué estructura lógica descansa la presunción? A pesar de ser figuras estudiadas por centurias, la deducción, la inducción y la analogía siguen siendo imprecisas. Parte de la doctrina opina que el silogismo deductivo es un razonamiento hipotético cuya premisa mayor se fundamenta o parte de una inducción; o bien, se contrasta la consecuencia de la “necesaria” conclusión propia de la deducción con “la probabilidad” en el resultado que caracteriza a la inferencia; de modo tal que finalmente queda reservado el método deductivo para las ciencias exactas.

La inducción ha sido vista por algunos como una inferencia de probabilidad, mientras que otros afirman que merced a que toda inferencia es

<sup>105</sup> Muñoz Sabate, Luis, *op. cit.*, nota 78, pp. 186 y ss.

deductiva, lo que se entiende por inducción no es sino una deducción desfigurada o una conjetura más o menos metódica.

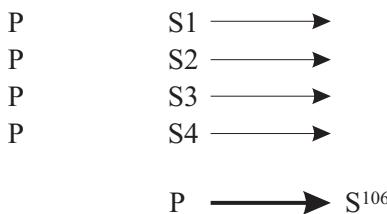
En el campo de la academia jurídica hay quienes estiman que la presunción es un razonamiento inductivo, en tanto que otros la atribuyen a la deducción.

Estos últimos conservan una noción vulgar sobre la inducción, como un modo de razonar que va de lo particular a lo general. Y, desde luego, la presunción es justamente lo contrario.

Con una perspectiva de lógica plurivalente, la presunción es más una operación inductiva en donde la conclusión no aparece como “necesaria” sino como “probable” a partir de las premisas establecidas.

Por ejemplo:

El juez infiere que Ticio (P) es hijo natural de Cayo (S) basándose en su parecido físico (S1), la coincidencia de sus grupos sanguíneos (S2), el haberle dado su nombre (S3) y el atender su manutención (S4).



Cabe aclarar que el método presuntivo empleado en las presunciones simples puede extenderse en longitud y no ser tan simple como una inferencia mediata mediante una proposición intermedia entre la inicial y la final, sino que puede haber casos en donde existan varias proposiciones intermedias, creando un polisilogismo.

Ahora bien, también es posible la existencia de un concurso de indicios, es decir, la presencia de más de un hecho base que lleve al juzgador a la conclusión presunta. Al respecto, el Código Civil francés (artículo 1353) dispone que “las presunciones que no están establecidas en la ley son dejadas a la prudencia y sapiencia del juzgador, quienes no deben de admitir más que presunciones graves, precisas y concordantes, y en los

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 189.

casos solamente donde la ley permite las pruebas testimoniales, al menos que el acto no sea impugnado por dolo o fraude”.

Este texto podría hacer pensar que se necesitan varias presunciones para que el juez pueda inducir las conclusiones que le parezcan convincentes.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Francia (*arrêté* del 23 de abril de 1914), mediante su interpretación, ha modificado sensiblemente el sentido de este texto. En efecto, según ella:

El artículo 1353 no impone la pluralidad de presunciones, pero prevé que en el caso donde muchos actos o indicios sean alegados, debe exigir, para concordancia, sólo una presunción, la cual tenga los caracteres de precisión necesarios.

Es cierto que para la lógica del derecho hay una singular restricción de las exigencias de la prueba. En suma, se ha pasado del terreno de la prueba al de la íntima convicción: la Corte de Casación opina sin cortapisas que esta prueba sería indirecta y adquirida por vía de inducción, es suficiente que sea de tal naturaleza que depure la conciencia del juez y posteriormente dicte su decisión.<sup>107</sup>

## B. *Las presunciones legales*

Como es propio de las presunciones, las legales se componen de tres elementos: una afirmación base, una afirmación presumida y un enlace que permite el paso de la afirmación base a la afirmación presumida, con la peculiaridad de que en el caso de las presunciones legales el enlace entre la afirmación base y la afirmación presumida está determinado previamente por el legislador.<sup>108</sup>

### a. Presunciones absolutas

Para poder hablar de presunciones *iuris et de iure* deben presentarse las siguientes requisiciones:

<sup>107</sup> Foriers, P., “Presomtions et fictions”, en Perelman (coord.), *Les presomtions et les fictions en droit*, Bruselas, Établissements Émile Bruylant, 1974, pp. 9 y 10.

<sup>108</sup> Mendonca, Daniel, “Presunciones”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 22, 1999, p. 84.

- a) Una proposición base cuya verdad debe probarse.
- b) Una proposición presumida cuya verdad debe aceptarse, y
- c) Una prohibición de prueba en contrario.

La presencia de este último elemento parece expulsar a la proposición presumida fuera del ámbito de las proposiciones; sea cual sea su apariencia, no parece ser el candidato idóneo para expresar ninguna verdad fáctica; no se percibe qué función de comprobación de la verdad pueda cumplir. A partir de ahí, y más allá de las cuestiones puramente verbales, tal vez existan argumentos para expeler a las presunciones *iuris et de iure* del campo de las presunciones, puesto que las presunciones operan en el ámbito de la verdad fáctica.

Meter en el mismo saco a todas las presunciones lleva a confundir dos relaciones claramente diferenciadas: la relación entre el hecho probado y hecho presumido, por un lado, y la relación entre hecho probado y hecho constituido (o resultado institucional), por el otro. La primera relación tiene que ver con los hechos del caso, afecta a la verdad fáctica, su ámbito es, por decirlo de algún modo, el “mundo natural” y, por tanto, se sitúa en el terreno de la prueba. Éste es el ámbito de las presunciones, si bien están normativamente impuestas, cumplen una función verificadora: su contenido consiste en aceptar como premisa una proposición. La segunda, por el contrario, tiene que ver con la calificación jurídica de los hechos del caso, su ámbito es el paso de los hechos del caso a los resultados institucionales y, por tanto, se sitúa fuera del ámbito probatorio: el problema aquí no es determinar qué ha ocurrido (lo que constituiría un problema de prueba), sino cómo calificar lo ocurrido con el fin de atribuirle unas u otras consecuencias jurídicas. Y éste es el ámbito en donde se localizan las llamadas presunciones *iuris et de iure*, porque en realidad, más que una prohibición de prueba, en ellas lo que hay es una simple imputación normativa, y objetivamente, éstas no pueden ser objeto de prueba.<sup>109</sup>

#### *b. Presunciones relativas*

Ullmann-Margalit se refiere a una nota de las presunciones, y es la posibilidad de ser derrotables o superables mediante una estrategia de bloqueo o de destrucción.<sup>110</sup>

<sup>109</sup> Aguiló Regla, Joseph, *op. cit.*, nota 104, p. 658.

<sup>110</sup> Citado por Mendonca, Daniel, *op. cit.*, nota 108, pp. 84 y ss.

La idea de prueba en contrario para superar una presunción debe ubicarse entre dos sitios: las pruebas contrarias que no se encuentran limitadas normativamente de modo alguno, por un lado, y las pruebas contrarias que resultan inadmisibles, por el otro; entre ambos extremos se localizan las pruebas en contrario sujetas a determinadas restricciones procesales. Éste es el camino ordinario para distinguir entre presunciones *iuris et de iure* y presunciones *iuris tantum*.

Ahora bien, la estrategia de bloqueo opera de la siguiente manera: dado P, se presumirá que Q queda bloqueada en el caso C si, y sólo si, se justifica que no está probado P en C. En tanto que la estrategia de destrucción funciona de la siguiente manera: dado P, se presumirá que Q queda destruida en el caso C si, y sólo si, se prueba la negación de Q en C.

La estrategia de bloqueo se dirige a la proposición base de la norma presuntiva P, y se basa en la discusión del valor probatorio de las pruebas aportadas a su favor o en la producción de pruebas a favor de su negación, mientras que la estrategia de destrucción va destinada a la proposición presumida Q y se fundamenta en la presentación de evidencias a favor de su negación. Tratándose de presunciones *iuris tantum* pueden aplicarse cualquiera de las dos estrategias si se tiene interés en dejar sin efectos a la presunción.<sup>111</sup>

Para abordar el tema de la naturaleza de las presunciones *iuris tantum*, Joseph Aguiló Regla las clasifica en dos categorías: presunciones en sentido estricto y presunciones aparentes, apoyándose en la teoría de las reglas y de los principios.

Los principios son un tipo de norma de conducta cuyas condiciones de aplicación derivan únicamente de su contenido; en este sentido, constituyen mandatos incondicionados. Frente a ellos, las reglas son pautas que sí cuentan con condiciones de aplicación derivadas de su propio contenido; por ello, en su estructura adoptan una disposición condicional.<sup>112</sup>

Las presunciones en sentido estricto se encuentran conformadas por sus tres elementos típicos: un hecho base, un hecho presumido y la conexión entre ambos.

Una vez acreditado el hecho base, el presunto se tiene por verdadero. Esta clase de presunciones presuponen una modificación en el tema de la

<sup>111</sup> *Idem*.

<sup>112</sup> Aguiló Regla, Joseph, *op. cit.*, nota 104, p. 136.

prueba: la distribución de la carga de la prueba no se ve afectada en lo que se refiere a la iniciativa probatoria de las partes, pero sí los hechos que se tienen que probar; el hecho presumido se tendrá por cierto hasta el momento en que la parte favorecida por la presunción demuestre la realización del hecho base. Y una vez constatado el hecho base, la contraparte tendrá la oportunidad de bloquear o destruir dicha presunción.

En un segundo plano se encuentran las presunciones aparentes, también llamadas “verdades interinas”, las cuales se caracterizan por ser normas donde se establecen reglas sobre la carga de la prueba de modo indirecto. En éstas, la parte favorecida no tiene que probar ningún hecho, ni siquiera el hecho base; así, por ejemplo, en múltiples ordenamientos encontramos la sentencia: “la buena fe se presume...”, y si la contraparte está interesada en destruir la presunción deberá evidenciar la mala fe.

Entretejiendo las dos ideas antes expuestas, Aguiló Regla concluye que hay presunciones establecidas por reglas y presunciones establecidas por principios; las denominadas “presunciones en sentido estricto” serían presunciones-regla, y las “presunciones aparentes” se considerarían presunciones-principio. En las primeras, la obligación de aceptar el hecho presumido dependerá de la prueba del hecho base; en tanto que en las segundas la obligación de aceptar el hecho presumido no está sometida a ninguna condición.

Las “presunciones-principio” (tales como la presunción de inocencia, la de la buena fe, etcétera), que operan de un modo categórico (no tienen más condiciones que las que derivan de su contenido), tienen una mayor trascendencia, lo que les asigna un papel protagónico en la conformación del propio proceso y de la decisión final. Mientras que las “presunciones-regla” desarrollan un papel menor en la conformación del proceso, cumpliendo ese carácter de instrumentos que coadyuvan a superar situaciones de *impasse*.<sup>113</sup>

Finalmente, puede afirmarse que la presunción es una institución probatoria, por lo tanto acogida por normas procesales, que tiene por finalidad facilitar a una de las partes la demostración de un hecho, cuyo desarrollo puede afectar a la carga y objeto de la prueba.<sup>114</sup>

<sup>113</sup> *Ibidem*, pp. 652-656.

<sup>114</sup> Rozas Valdés, José Andrés, *Presunciones y figuras afines en el impuesto sobre sucesiones*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, 1993, p. 25.

## 6. *Las presunciones en el proceso*

A pesar de que la presunción es una actividad intelectual, ésta tiene lugar en el ámbito del proceso. Así, por ejemplo, hay que introducir en las argumentaciones tanto el hecho base como la afirmación presumida. En el caso de las llamadas presunciones legales es menester citar los preceptos que fundamentan la presunción. La parte favorecida por la presunción generalmente estará obligada a demostrar la veracidad de la afirmación que sirve de base.<sup>115</sup>

Ahora bien, en el caso de las presunciones *iuris tantum*, la actividad procesal puede estar dirigida a destruir la afirmación base, o bien a demostrar que no hay un enlace lógico y directo y que, por lo tanto, la afirmación presumida es errónea.

Respecto al valor probatorio adjudicado, depende de la calificación que le otorgue la ley. A este respecto, la ley francesa sentencia que “la presunción legal dispensa de toda prueba a aquel en cuyo provecho existe” (artículo 1352 del Código Civil); en el mismo tenor lo establece el artículo 2728 del Código Civil italiano. Mientras que en México se dispone que quien tenga a su favor una presunción legal sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción (artículo 1280 del Código de Comercio).

El hecho que se establece en una presunción legal no hay que probarlo. Laurent se cuestiona qué se debe probar cuando se solicita la nulidad de una donación hecha al cónyuge de un incapaz, y responde que la incapacidad de aquel a quien se hace la donación por interpósita persona. Y ¿se debe probar también la interposición de persona, en el sentido de que deba establecer que el cónyuge del incapaz es persona interpósita? No, el hecho de interposición está probado por la presunción de la ley; basta con citar el artículo (en este caso el artículo 911 del Código Civil francés) que establezca la presunción; previendo si la presunción es de las que admite prueba en contrario para que, llegado el caso, haya que combatirla. También será necesario probar las diversas circunstancias que constituyen la existencia de la presunción.<sup>116</sup>

<sup>115</sup> Ramos Méndez, *op. cit.*, nota 37, pp. 640-642.

<sup>116</sup> *Principios de derecho civil*, México, Asociación Editorial Cubano-Mejicana, 1917, t. XIX, núm. 613, p. 733, y núm. 614, p. 734.

A juicio de Bartoni Ferro, el valor probatorio de la presunción depende de la certeza de la circunstancia indicante; de la certeza de la proposición general en la cual quiere buscarse la significación de la circunstancia indicante; de la relación lógica entre circunstancia indicante y la proposición general; de la comunidad entre los varios indicios relativos a la prueba de un mismo hecho, si ellos encabezan diferentes órdenes de ideas; y de la relación entre indicios y los otros elementos probatorios del proceso.<sup>117</sup>

Si se intentara establecer una jerarquía basada en la eficacia y fuerza probatoria de las presunciones, tendrían preferencia las presunciones legales *iuris et de iure*, luego vendrían las *iuris tantum*, pues tienen la misma fuerza de las pruebas y relevan de practicar ésta a la parte que tiene la presunción en su favor, pero pueden ser destruidas por cualquier otra prueba en contrario. Este carácter lo posee la mayor parte de las presunciones judiciales, las cuales no tienen más fuerza que la que derive de su rigor lógico. Los autores aragoneses, atendiendo a la fuerza de las presunciones, las dividían en leves, vehementes, violentas y violentísimas.

Al tenor del Código Civil español, para que una presunción sea admisible es necesario que el hecho que se deduzca esté completamente acreditado (artículo 2449), y por ende, no cabe fundar una presunción en otra. El efecto general de las presunciones legales es el de dispensar toda prueba a los favorecidos por ellas; pero pueden destruirse por prueba en contrario, excepto en los casos en que la misma ley lo prohíba expresamente (artículos 1250 y 1251 del Código Civil español), es decir, que todas las presunciones legales son *iuris tantum* mientras no se declare expresamente que son *iuris et de iure*.

Para que las presunciones judiciales sean aceptadas es necesario que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano; esa ligazón habrá de consistir en la conexión y congruencia entre ambos hechos, de modo que la realidad de uno conduzca al conocimiento del otro, por ser la relación de ellos concordante y no poder aplicarse a varias circunstancias, no pudiendo establecerse con el nombre de concatenación de deducciones que la ley no permite, ni dar a los hechos una significación de la que de por sí carezca.

<sup>117</sup> Nocetti Fasolino, Alfredo, "Prueba de presunciones", *Enciclopedia Jurídica Omega*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1974-1976, t. XXIII, p. 745.

El único medio de arremeter con éxito en contra de una presunción es el de impugnar la existencia o realidad del hecho básico o probar que se debió a circunstancias distintas de las que establecen la relación entre ambos. Las presunciones son eficaces para probar tanto las acciones como las excepciones.

Al formarse la presunción en el momento de valoración de la prueba, sus resultados no se exteriorizan sino en la sentencia. Por lo tanto, el control de la presunción se establece por medio de los recursos que quedan contra dicho acto, impugnando, por ejemplo, el error en la apreciación de las pruebas o una violación o interpretación errónea del artículo que establezca la norma de presunción.<sup>118</sup>

### *7. Diversas formas de establecer presunciones*

El legislador no siempre emplea directamente el vocablo “presumir” o sus derivados para crear presunciones. Por el contrario, a veces se limita a enunciar la conclusión, a manera de principio general, o en otras ocasiones usa locuciones tales como “se entenderá”, “se colige”, “se tendrá” o “se estimará” como ocurrido o existente o inexistente un hecho, si no se prueba lo contrario, o mientras no se desvirtúe o hasta en tanto no se demuestre otro hecho concreto. En todos estos casos existirá una presunción. También es factible que el legislador establezca una presunción con una fórmula negativa que diga, por ejemplo: “La mala fe no se presume”, lo que significa que se presume la buena fe. Pero adviértase que no existe presunción en todos los casos en que se emplea esa redacción, y es imprescindible, por lo tanto, escudriñar el verdadero contenido de la norma.<sup>119</sup>

## III. LAS FICCIONES JURÍDICAS

Con este término se identifica al resultado de un proceso mental que, al ser imaginado o inventado, no corresponde con precisión a una determinada, concreta y específica realidad.

<sup>118</sup> Ramos Méndez, *op. cit.*, nota 37, p. 642.

<sup>119</sup> Devis Echandía, *op. cit.*, nota 25, p. 706.

### 1. *Positivismo y ficcionismo*

La historia del pensamiento filosófico registra un momento en el que el vocablo adquiere un particular relieve especulativo: cuando se desarrolla el proceso de revisión crítica del positivismo. De dicho proceso dan fe los distintos movimientos pragmatistas y empirocríticos: movimientos empeñados todos en el intento de reducir a los límites de la experiencia y de la comprobación sensible (sensitiva) del hecho, toda intención o sugerencia universalista o metaempírica del pensamiento conceptual y de la vida ética, sin por esto desconocer (sino para clarificar y fundamentar) la función, al menos prácticamente útil y reguladora, del concepto teórico y del ideal moral. El resultado de este proceso se designa con la fórmula corriente de la filosofía del *como si*.

Esta teoría sustenta que el conocimiento tiene una función esencialmente pragmática, como instrumento orientador —guía— en el ámbito de la realidad, y que él emplea, a tal fin, formas o formaciones psíquicas (*psychische Gelbide*), las cuales son precisamente ficciones, con el valor práctico-instrumental. Todo el conocimiento humano es, según esta opinión, una ficción, y el pensamiento como función orgánica operativa encaminado a obtener los fines pierde su naturaleza de actividad teórica interesada en una objetiva verdad, para dedicarse a tareas meramente utilitaristas, como proceso de sistematización y orden del material sensible con fines sólo prácticos.<sup>120</sup>

### 2. *Filología del término ficción*

La palabra “ficción” proviene directamente del latín *fictio*, de *fingo*, originalmente *finctio*. Se hace, además, referencia a los vocablos griegos: *τεκνοξ*, a *feihúss* (muros) y los significados: forjar, inventar, modelar, dar forma, así como plasmar, esculpir, imaginar y, por consiguiente, transformar e inclusive crear; también procrear; y rebasando el nivel de la actividad mental: crear imágenes y, por consecuencia, creer, suponer y hasta soñar; y todavía más: inventar con arte o artificio; también falsa y malévolamente como mentir, simular y, por tanto, maquinar, urdir; con otro sentido: adaptar, acomodar; y con otro significado instruir, educar.<sup>121</sup>

<sup>120</sup> Pugliatti, “Finzione”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1968, t. XII, p. 658.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 659.

El significado original de *fingere* corresponde a la acción de modelar arcilla. De aquí la denominación de *fictor* dada al modelador o escultor. De este primitivo sentido pasó después a significar formar, comparar, acomodar, imaginar e inventar.

Ulpiano fue quien utilizó el término *fingere* con el sentido de apariencia, simulación o postura falsa.<sup>122</sup>

Sin embargo, la simulación es una figura distinta a la ficción jurídica. La primera se describe como una declaración de voluntad falsa, o una cualidad que falsamente se atribuye a una persona, y se suele encontrar en los negocios o títulos jurídicos. La ficción jurídica, por el contrario, se destina a crear derechos desde el punto de vista normativo o legislativo, apoyándose en una fuerza prestada por una potestad.<sup>123</sup>

Fingir y ficción han heredado sólo una parte, bastante reducida (disminuida), de los significados y matices de los términos de los cuales derivan.

Por otra parte, bien se conoce que la ciencia jurídica no tiene por objeto la realidad de su concreción; ella actúa inicialmente por un proceso de verbalización de la experiencia, es decir, crea conceptos y términos verbales correlativos y con base en ellos desarrolla su razonamiento. Es, por tanto, una ilusión a la que el derecho recurre cuando trabaja directamente sobre la realidad, ya que opera a la inversa en el discurso de la ciencia jurídica; esto es, el dato real o fenómeno se conceptualiza.<sup>124</sup>

### 3. *Concepto*

De los conceptos elaborados por la doctrina, se pueden citar como frecuentemente aceptados los siguientes:

Un procedimiento de técnica jurídica que consiste en suponer un hecho o una situación diferente de la realidad para deducir de ahí consecuencias jurídicas.<sup>125</sup>

<sup>122</sup> *Cfr.* D. 27. 5. 1. 1; D. 47.2.52.15; D. 40. 12.16, etcétera.

<sup>123</sup> Llano Cifuentes, Rafael, *Naturaleza jurídica de la fictio iuris*, Madrid, Rialp, 1963, p. 158.

<sup>124</sup> Pugliatti, *op. cit.*, nota 120, p. 659.

<sup>125</sup> Capitant, Henri, “Fiction”, *Vocabulaire Juridique*, París, Les Presses Universitaires de France, 1936, p. 279.

La ficción jurídica existe siempre que la norma trata algo real ya como distinto, siendo igual, ya como igual siendo diferente, ya como inexiste, habiendo sucedido, ya como sucedido, siendo inexistente, aun con conciencia de que naturalmente no es así.<sup>126</sup>

La ficción jurídica es un instrumento de poder que es capaz de transformar la realidad.<sup>127</sup>

La ficción constituye una valoración jurídica, contenida en un precepto legal, en virtud de la cual se atribuye a determinados supuestos de hecho efectos jurídicos que violentan e ignoran su naturaleza real. La ficción ni falsea ni oculta la verdad real, lo que hace es crear una verdad jurídica distinta de la real.<sup>128</sup>

Alciato, inspirado en el derecho romano, la define así: *fictio est legis adversus veritatem in re possibili, ac ex iusta causa dispositio* (la ficción tiene lugar cuando, para obtener algunos conceptos conforme a la equidad, se toma por cierto lo que no es).<sup>129</sup>

También se considera la corrección de una realidad concreta orientada a posibilitar la aplicación de una regla o principio jurídico; la ficción supone una creación o invención.<sup>130</sup>

“Es el más artificial de los procedimientos de la técnica jurídica. Las ficciones tratan jurídicamente como verdadero aquello que es falso; razonan sobre la base de una situación imaginaria, *ficta*”.<sup>131</sup>

Mientras que la presunción, por ejemplo, se funda sobre el orden normal de las cosas, la ficción contradice la verdad, toma el curso contrario. Aquello que es falso es tenido por verdadero con el fin de llegar a cierto resultado conveniente. Se trata de un supuesto jurídico que no existe en

<sup>126</sup> Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 4a. ed., Barcelona, Bosch, 1961, p. 72.

<sup>127</sup> Mendonca, Daniel, “Estudio preliminar”, *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, 2003, p. 8.

<sup>128</sup> Pérez de Ayala, José Luis, *Las ficciones en el derecho tributario*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1970, p. 16.

<sup>129</sup> Llano Cifuentes, *op. cit.*, nota 123, p. 19.

<sup>130</sup> García Garrido, Manuel Jesús, “Ficción”, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 136.

<sup>131</sup> Pasquier, Claude du, *Introduction a la théorie générale et á la philosophie du droit*, 4a. ed., París, Delachaux et Niestlé, 1967, p. 167.

realidad;<sup>132</sup> por ejemplo, la *reivindicatio* se aplicaba, en un principio, sólo a los inmuebles situados en Italia, y posteriormente, con objeto de proteger inmuebles situados fuera del territorio itálico, el magistrado romano, en un determinado momento, consideró que dichas propiedades estaban enclavadas en Italia. Para el juez romano era *como si* el inmueble estuviera en Italia. Se creó así una ficción, ya que en realidad ese inmueble no estaba en terreno itálico.

En esencia, en todos los casos de ficción el derecho supone algo contrario a la realidad, de ahí que se le considere *mentira técnica* o *mentira convencional*, y se hable de una verdad jurídica distinta de la verdad real.<sup>133</sup>

Bentham declara a las ficciones legales como *falsedades intencionadas* que van en contra de la deseable claridad de la ley.<sup>134</sup>

Stammller<sup>135</sup> rechazó que la ficción sea una mentira; esta opinión fue secundada por la doctrina en general. Para comprenderla se utiliza la estructura de la norma jurídica kelseniana: juicio hipotético que expresa el vínculo específico de una situación de hecho condicionante como consecuencia condicionada;<sup>136</sup> así se obtendría este esquema: dado A debe ser B, en el cual A es la situación de hecho y B es el efecto jurídico (consecuencia). Ahora bien, al atribuir un efecto B al antecedente A, el derecho se sustenta en un juicio de valor; por ello, se afirma que toda norma supone un juicio de valor. Por ejemplo, si se celebró un contrato de arrendamiento, debe realizarse un pago en un término convenido; la imputación de B (pago por el alquiler) al antecedente A, se apoya en que B es pensado por el legislador como medio para lograr un fin. Luego entonces, se explica el porqué de la observación de Stammller de que la norma como juicio hipotético se basa en una relación de fines y medios, y no de causas a efectos.

<sup>132</sup> Stammller, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, trad. de W. Roces, México, Editora Nacional, 1980, p. 125.

<sup>133</sup> Gardella, Juan Carlos, “Ficción jurídica”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1974-1976, t. XII, p. 186.

<sup>134</sup> Citado por Moreso Mateos, Juan José, “Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 3, 1986, p. 129.

<sup>135</sup> Stammller, *op. cit.*, nota 132. En el mismo sentido, Legaz y Lacambra, Luis, *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona, Bosch, 1943, capítulos 3 y 4.

<sup>136</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Editora Nacional, 1974, p. 47.

Aplicando este esquema al ejemplo del derecho romano citado, el magistrado romano razonaba así: dado un fundo itálico, debe ser la *actio reivindicatio*, y dado un fundo no itálico, no puede ser la *actio reivindicatio*. Si la reivindicación se permitía en el primer caso era porque se consideraba un medio adecuado para tal objetivo (en el caso, la defensa de la propiedad privada itálica), fin que no se quería en el caso de la propiedad no itálica. Cambiando las valoraciones de una época posterior y más desarrollada, se hubiera anhelado también proteger la propiedad extraitálica, pero a ello se oponía el texto de la ley.

¿Qué hacer, entonces? Para mantener el texto de la ley y simultáneamente salvar el caso que se deseaba resolver, se consideró como si el fundo no itálico estuviera enclavado en Italia, imputándole entonces las mismas consecuencias que a los itálicos. En la realidad y en la mente de los que intervenían, el mecanismo de la ficción era evidente: a una situación de hecho (antecedente) distinta de A se le imputaban efectos (consecuencias) iguales, y si esto sucedía así era porque dichos efectos eran considerados medios idóneos para conseguir una meta que el magistrado creía valiosa: la defensa de la propiedad privada itálica y extraitálica. En las locuciones expresadas por la voluntad de los intervenientes sucedía otra cosa: la ficción aparecía como suponiendo reales hechos que no lo eran. La voluntad y la expresión verbal del magistrado expresaban: puesto que el inmueble X estaba situado en Italia, puede admitirse la reivindicación. Pero la voluntad jurídicamente relevante, es decir, el orden jurídico en cuanto a los efectos que imputa a los actos, decía: el fundo X está situado fuera de Italia, pero se le reconoce la acción reivindicatoria.

Luego entonces, la ficción es también un instrumento jurídico para remover un obstáculo o impedimento que se opone a la concesión de una acción o a la aplicación de una ley.

El insigne jurista J. M. Delgado Ocando, a partir de su concepto de ficción como “un procedimiento de asimilación de relaciones sociales distintas a fin de obtener la misma solución práctica”, otorga a la misma ciertas características propias en su construcción, a saber: la ficción como igualación, rasgo que consiste en dar un tratamiento analógico a dos tipos de relación conscientemente distintas; la ficción como empleo conscientemente inexacto de categorías en vigor; la ficción es una operación intelectual derivada. Mediante la ficción no se construyen novedosos conceptos o categorías, sino que se toman como base los elementos ya exis-

tentes y se les asimilan otras categorías como si se tratara de lo ya habido; “obedece a una necesidad interna” y no al deseo caprichoso del legislador; se trata de una técnica limitadora, puesto que el proceso de asimilación cubre requerimientos previamente determinados; tiene un carácter pragmático al pretender alcanzar una solución práctica y específica.<sup>137</sup>

Dada su naturaleza sustantiva no se puede pensar que exista en la ley una definición de lo que debe entenderse por ficción.

De acuerdo con la doctrina, la jurisprudencia mexicana, que dicho sea de paso poco se ha preocupado por definir esta institución, expresa:

...desde un ángulo sustantivo más que probatorio, se advierte una ficción jurídica cuando su autor recoge datos de la realidad y los califica jurídicamente de un modo tal que, violentando conscientemente su naturaleza, crea un concepto de verdad legal (artificial) distante de coincidir con la realidad.<sup>138</sup>

#### 4. *Bosquejo histórico*

La ficción, como uno de los instrumentos de la técnica jurídica, fue utilizada desde tiempos remotos por los juristas, sobre todo por los romanos, de quienes era predilecta y a cuyo formalismo se adaptaba perfectamente. No existe régimen jurídico que excluya el uso de las ficciones.

##### A. *Mesopotamia*

Los juristas mesopotámicos, dominados por un espíritu pragmático, recurrieron a esta figura para esquivar a las normas jurídicas imperativas; por ejemplo, el más importante monumento jurídico de la alta antigüedad, el Código de Hammurabi, mientras reconocía la transmisión hereditaria de los bienes de origen feudal, prohibía su enajenación a título one-

<sup>137</sup> Delgado Ocando, J. M., “La fiction dans le code civil vénézuélien”, *Les presomptions et les fictions en Droit*, Bruselas, Etablissements Émile Bruylants, 1974, pp. 78-89. En el mismo sentido, Delgado Ocando, J. M., *Ficciones y presunciones en el Código Civil venezolano*, Maracaibo, Universidad de Zulia, 1974, pp. 60-78.

<sup>138</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, enero-junio de 1989, t. III, segunda parte, p. 570.

roso entre vivos; sin embargo, los abogados, para salvar el escollo de la inalienabilidad, utilizaron la adopción.<sup>139</sup>

El uso de la figura de la ficción en el viejo derecho oriental fue trascendente por haber facilitado el progreso del derecho positivo, al desempeñarse como auxiliar en el progreso hacia nuevas soluciones. También se aprecia aquí el inicio de un frágil esfuerzo en la edificación lógica del derecho, mostrando los ceñidos límites que han asignado a este esfuerzo unos hábitos intelectuales distintos. El razonamiento analógico que estimuló a los redactores de los formularios a ubicar sus creaciones sobre hipótesis irreales corresponde a una aspiración por justificar racionalmente esas formaciones. Además, cuando ellos recogen de la ficción, así implantada, tan sólo los resultados correspondientes al desenlace por ellos perseguido, exhiben una cierta facultad de análisis, pues diferencian entre las consecuencias vinculadas al hecho imaginario o imaginado, aquellas inútiles y las descartan. Sin embargo, el esfuerzo indagatorio no alcanzó a formular el principio general que hubieran podido derivar de la analogía así percibida. Y ni siquiera cayeron en la cuenta de que contaban con instrumentos técnicos multifacéticos.

### B. *Derecho romano*

Todos los autores que se han dedicado al estudio de la ficción, entre los que destacan Alciato, Bartolo, Baldo, Toomey, Barbosa, Llano, etcétera, han señalado en sus respectivos trabajos la influencia rectora de la *fictio iuris* romana. Los juristas romanos se interesaron tanto en el uso de la ficción que lograron aplicarla sistemáticamente con gran habilidad. Fueron los creadores del término “ficción”, y demostraron ostensiblemente una madura y plena conciencia de esta figura, así como de sus múltiples aplicaciones.

El indicio más antiguo que con certeza histórica se tiene de un derecho romano escrito lo constituye la Ley de las Doce Tablas. Esta Ley contenía el antiguo derecho consuetudinario de una comunidad básicamente agraria.<sup>140</sup>

<sup>139</sup> Chiperic, E., *The Hammurabi Code*, 3a. ed., Londres, Watts & Co., 1921, pp. 18, 19 y 27.

<sup>140</sup> Bonfante, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, 3a. ed., trad. de Luis Bacci y André Larrosa, Madrid, Reus, 1965, p. 11.

Las pautas que regulan las relaciones jurídicas en este primitivo derecho son rígidas y severas. Gran parte de la autoridad era ostentada por la figura del *pater familias*, además del respeto absoluto que se profesaba hacia las instituciones religiosas. Estas normas rigurosas del *Ius Civile* fueron uno de los factores determinantes en la proliferación de las ficciones pretorias y legales.

Como se sabe, la extensión de los dominios romanos, durante la época que va de las guerras púnicas a la terminación de la República, fue ampliándose de forma admirable y consecuentemente se volvió más compleja la vida social de los romanos; pronto la realidad rebasó al *Ius Civile*, siendo cada vez más frecuentes los casos para los cuales no existía norma aplicable. Es aquí donde los magistrados y los pretores, quienes hasta entonces sólo podían aplicar la norma o el procedimiento previsto en forma expresa, desempeñaron un papel protagónico en la administración de justicia. Primeramente, mediante la llamada *Lex Aebutia*, que data del siglo II a. C., se estableció el procedimiento *ager per formulas*, que daba al magistrado extensos poderes respecto a la dirección y marcha del proceso, y también se otorgó la calidad de *imperium* al pretor, como órgano de la conciencia jurídica colectiva. Luego, el pretor era autoridad suprema en la aplicación del derecho, y aunque no suplantaba al legislador en sus tareas, sin embargo, con la fórmula ficticia, el pretor adaptaba los institutos y las normas del *Ius Civile* a casos que no estaban comprendidos en los decretos.

Las ficciones pretorias son el exponente histórico más importante de la *fictio iuris*. Las fórmulas ficticias pretorianas fueron incontables. Las ficciones pretorias se concibieron como un procedimiento de técnica jurídica originado por circunstancias histórico-jurídicas. Sobre éstas, Ihering opina: “¡Cuántas innovaciones, llenas de importancia, del derecho romano no se hubieran producido probablemente sino mucho más tarde!”.<sup>141</sup>

Es una técnica experta que denota una clara conciencia del fenómeno en su real estructura, presentándola carente de toda censura y contraste; la ficción permite que la derogación tome la apariencia de una extensión y que la limitación de eficacia de una norma aparezca como un desarrollo, una evolución de la norma misma.

<sup>141</sup> Ihering, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, Granada, Comares, 1998, p. 331.

La disposición del régimen dual (*Ius Civile, Ius Honorarium*) que caracteriza al derecho romano en su devenir histórico, confiere un protagonismo a la figura de la ficción, además de que demuestra el fundamento lógico de ella —la analogía—; simultáneamente, la sagaz sensibilidad de los romanos que vincularon la analogía a las reclamaciones prácticas, y su extrema pericia técnica, permitió el uso de la analogía como instrumento de la sistemática jurídica.

El pretor romano se auxilió de la institución de la ficción para vencer los obstáculos emanados del derecho civil. El pretor admitía la fórmula en sentido doblemente hipotético: describía, ante todo, la hipótesis relativa al *Ius Civile* y a la *actio civilis* y la suponía (contra la realidad, es decir, idealizaba) realizada, luego mostraba la hipótesis a la cual se refería el conflicto y dejaba depender la solución de ella (condena o absolución) de la verificación del hecho, remitida al juez.

Las *actiones praetoriae*, así entrelazadas, eran *actiones fictiae*; los juristas y los aplicadores del derecho de ello eran sabedores. De esta manera, el sistema creciente del derecho pretorio, que vivió junto al sistema rígido y anquilosado del derecho civil, estuvo en gran parte apoyado en el uso consciente e intencional del instrumento técnico de la ficción; consecuentemente, ésta realizó, en la evolución del régimen jurídico dual de los romanos, una vital y fecunda función, cual no tuvo ningún otro sistema jurídico.

Todo ello muestra claramente la aplicación tan propia que la jurisprudencia romana, y en forma precisa el pretor, hicieron de la ficción, con sentido vigilante, práctico, maduro, con fineza técnica.

Cabe distinguir que existía una diferencia entre la analogía, propia de la *interpretatio*, y la ficción. En la primera, el jurista extendía el ámbito de la ley, actualizándola. En tanto que a través de la ficción, el pretor y los principes, por vía de autoridad, realizaban una función integradora del derecho, lo cual es parecido a la labor legislativa.

Al lado de las ficciones pretorias se encontraban las *ficciones legales*; el legislador romano no contaba con un poder ilimitado. La limitación la encontraba en el campo mismo del derecho. En el binomio ley-costumbre, *Lex-Ius*, la *lex* resultaba siempre supeditada al *ius*, entendido como sinónimo de derecho romano. Ellas son consecuencia de normas especiales que regulan hipótesis particulares, distintas de lo que se consideraba hipótesis ordinarias.

Según la *fictio legis Corneliae*, que data de la dictadura de Sila, entre los años 84 y 81 a. C., consideraba que la muerte del *captivus* sobrevenía en el momento anterior de ser hecho prisionero. El sentido de esta ficción era equiparar la situación jurídica del *captivus* a la del ciudadano libre.<sup>142</sup> Esta ficción se utilizó más tarde en todas las sucesiones. Si el cautivo alcanzaba su manumisión y retornaba al territorio romano, redimía su estado de libertad y de ciudadano romano; consecuentemente, reaparecía como titular de todos sus derechos. En cambio, no recobraba su titularidad en las situaciones de hecho, como la posesión y el matrimonio. Este derecho, llamado *postliminium*, no hacía recuperar los derechos perdidos por otras causas distintas de la cautividad, como por ejemplo la usucapión completada por el poseedor o el desuso de las servidumbres. Podía solicitarse del pretor una *restitutio in integrum*.

La *Lex Iunia Norbana* contiene una ficción por la cual los esclavos manumitidos por el pretor eran considerados libres. Antes de la expedición de esta ley, el esclavo considerado libre por el pretor continuaba siendo esclavo para fines del *Ius Civile*.

En la *Lex Sapensana* se observa una doble ficción. La primera consiste en considerar existentes las relaciones de *potestas*, *manus* y *mancipium*, como si no se hubiese verificado el cambio de estatus: *si civitate romana mutatus mutata non esset*.

En el intento de aplicar un tratamiento jurídico igual al existente antes del cambio de estatus, esta ley municipal hace que se suponga que el cambio nunca se realizó.

Los *fictio posesores* eran poseedores fingidos que dolosamente habían dejado de poseer antes de la *litis contestatio* o se presentaban como poseedores sin serlo para que el poseedor tuviera tiempo de completar su usucapión. En derecho justiniano estaban pasivamente legitimados para ejercitar la *reivindicatio*.

Las ficciones, claramente expuestas en las disposiciones jurídicas romanas, fungen como el nexo entre la regla general y la especial, que de este modo aparecen vinculadas, aunque contrapuestas.

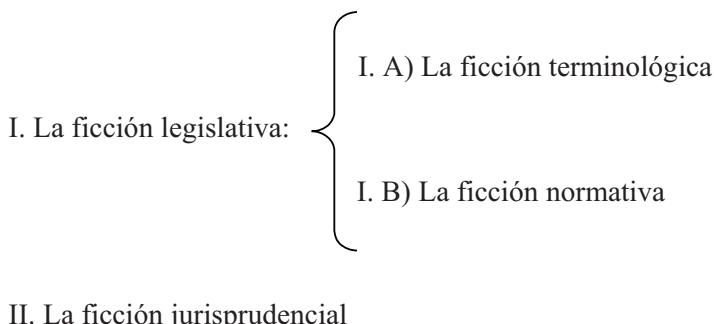
La ficción romana, a pesar de su trascendencia, tiene un carácter limitado. El juicio que finge un determinado hecho tiene como fin conseguir

<sup>142</sup> La ley ficticia persigue una finalidad justa: defender los derechos sucesorios de los herederos. Al considerar al cautivo muerto en libertad, le otorga iguales derechos que al ciudadano. Llano Cifuentes, *op. cit.*, nota 123, p. 59.

unos concretos y limitados efectos jurídicos. El hecho no se finge para que éste produzca consecuencias ilimitadamente, sino las consecuencias jurídicas que normalmente le son propias; el hecho se finge limitadamente para solucionar un problema de justicia individual.

### 5. Clasificación

La mayor parte de la doctrina, al apreciar a la ficción como un mandato legislativo, o norma material, no considera que sea siquiera posible intentar una clasificación de esta institución. No obstante, aunque escasos, hay importantes autores que sí han ensayado clasificaciones en torno a la ficción jurídica. Así, por ejemplo, P. Foriers:<sup>143</sup>



En la ficción terminológica el legislador utiliza el procedimiento para calificar ciertas situaciones de hecho que manifiestamente son contrarias a la realidad conceptual comúnmente admitida.

Por ejemplo, el Código Civil francés, en su artículo 517, dispone que “los bienes son inmuebles, por su naturaleza, por su destino, o por el objeto al cual se aplican”.

El artículo 518 del mismo ordenamiento precisa que “los fundos de tierra y los edificios son inmuebles por su naturaleza”, lo cual es acorde con la realidad conceptual comúnmente aceptada.

Pero a partir de ahí, el legislador francés va a extender sucesivamente la noción de inmuebles a una serie de situaciones que se alejan cada vez

<sup>143</sup> Foriers, P., *op. cit.*, nota 107, pp. 17-24.

más del concepto original, hasta llegar a calificar de inmuebles a una serie de animales (artículo 522), como “las palomas de los palomares” o “los conejos de las conejeras”. La ficción terminológica va más lejos aun cuando el artículo 526 del Código Civil francés considera inmuebles al usufructo de cosas inmóviles; las servidumbres o servicios de tierra, y las acciones que tiendan a reivindicar un inmueble.

La idea fundamental que preside esta operación es aquella de la simplificación, de unidad, de afectación a un mismo fin, que desemboque sobre la identidad de tratamiento jurídico. Este método no carece de interés, pero puede ser tan útil como esterilizante.

Sin lugar a dudas, en todos los casos antes enunciados existen ficciones que han sido creadas soberanamente por el legislador, y que van totalmente en contra de la realidad conceptual. Nadie se equivocaría al definir como inmueble aquello que no se puede desplazar. Luego, existe de entrada un concepto comúnmente aceptado.

Al lado de las ficciones terminológicas hay otras ficciones, también consideradas como legislativas, en donde el proceso no puede conducir al resultado más que por la adjunción de una norma complementaria, porque sin ella la “mentira” no es técnicamente posible; éstas son las ficciones normativas.

El Código Civil francés define al usufructo como el derecho de gozar de las cosas de las cuales otros tienen la propiedad, pero con la carga de conservar la sustancia (artículo 578).

Esta definición es criticada por la doctrina, pero se entiende al menos sobre un punto: el usufructuario debe conservar la sustancia de la cosa. El artículo 587 regula el problema del usufructo “de las cosas de las cuales no se puede hacer uso sin consumirlas, como el dinero, los granos, el licor...”; la ficción es, aquí, cierta.

El legislador no podrá, por tanto, simplemente violentar la naturaleza de la institución y deberá prever una regla específica suplementaria, a saber: que la salida del usufructo, el usufructuario tendrá la carga de rendir en el lugar las cosas consumidas, de cosas en similar cantidad, calidad y valor, o en su defecto el equivalente.

La ficción ha desempeñado su papel en la medida en que permite integrar los bienes consumibles en el régimen usufructuario; pero el legislador ha sido obligado a adjuntar una “metarregla” para complementar el régimen, porque la violencia hecha a la institución sería tal que no habría posibilidad de resolver la dificultad por su sola extensión.

La ficción jurisprudencial es un proceso operatorio que hace progresar al derecho y es utilizada por el juez luego que decide crear una asimilación evidentemente inexacta, pero necesaria, para obtener el resultado buscado.

La ficción jurisprudencial no presenta problema alguno, y lo mismo se le puede encontrar en el derecho romano que en los sistemas jurídicos contemporáneos. A pesar de ello, la creación de ficciones jurisprudenciales no siempre ha resultado muy lógica; así, por ejemplo, la Corte Suprema en Francia, a través de un precedente (*arrêt*) del 27 de diciembre de 1949, asimiló el estado de necesidad a la violencia (coacción) moral, cuando en la realidad el agente que actúa bajo el imperio de la necesidad dispone de su libre albedrío, mientras que aquel que está moralmente violentado (coaccionado) ve su libre albedrío aniquilado.

Legaz y Lacambra también ofrece una clasificación de las ficciones jurídicas en dos categorías: tipificadoras y equiparadoras. Mediante las primeras se crea un tipo que es considerado en sí mismo, en su generalidad, sin tomar en cuenta las diferencias entre los casos particulares que pudieran señalarse, *v. gr.*, la mayoría de edad o edad tipo como capacidad *sui iuris*.

Las segundas son juicios que identifican los efectos que han de seguir de cierta situación de hecho con los efectos que se han de seguir de una situación distinta. En realidad no son auténticas ficciones, sino una simple equiparación de los efectos que se han de seguir en un determinado caso con los efectos ya establecidos por el legislador para otro caso distinto y que, por razones de comodidad, son simplemente mencionados en la norma equiparada; por ejemplo, cuando la ley dice que “el heredero continúa la persona del difunto” quiere señalar, en una forma figurada, que el heredero adquiere los derechos y las obligaciones que tenía el causante de la sucesión, con efecto retroactivo. Y esa retroactividad es, ni más ni menos, una ficción jurídica.<sup>144</sup>

Vale la pena exponer el pensamiento de Lorca Navarrete en torno a la manera de cómo deben agruparse las ficciones jurídicas:<sup>145</sup>

a) *Ficciones biológicas.* En ocasiones, a la presencia de determinadas relaciones biológicas, como la paternidad, se les ha dotado de efectos

<sup>144</sup> Legaz y Lacambra, *op. cit.*, nota 135, p. 69.

<sup>145</sup> Lorca Navarrete, *El derecho natural hoy. A propósito de las ficciones jurídicas*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1976, pp. 88-98.

tos jurídicos. Así, por ejemplo, varios aspectos de las relaciones jurídicas entre padres e hijos, cuyo fondo es ético y, por lo tanto, falso, al grado que muchas veces existen sanciones ante su incumplimiento.

- b) *Ficciones sociológicas*. Son aquellas ficciones jurídicas que tienen por objeto preservar alguna institución social.
- c) *Ficciones técnicas*. Son aquellas que se refieren tanto a la analogía como a la interpretación extensiva; por ejemplo, en todos los sistemas jurídicos las relaciones entre adoptante y adoptado son assimiladas a las relaciones entre padres e hijos.
- d) *Ficciones científicas*. Las que clasifican como bienes inmuebles objetos que en principio se considerarían por naturaleza como muebles.
- e) *Ficciones filosóficas*. Son todas las teorías que pretenden explicar el origen o justificación del derecho, de la sociedad o del Estado, empleando hipótesis distantes de una comprobación real o histórica del hecho en que se basan; teorías que han aspirado a exponer el desarrollo histórico, intentando forzar su devenir progresivo, y también las teorías que manejan el concepto de libertad hasta trastornan su verdadero significado. Así, por ejemplo, para el primer subtipo se encuentran sistemas de leyes a los que se les atribuye un origen divino, como en el caso de los antiguos judíos frente a los mandamientos inscritos en una tabla; así como todas las teorías contractualistas, como las de Hobbes, Rousseau, Locke, etcétera. Sirve para ilustrar el segundo subtipo la ficción de la concepción materialista de la historia. La filosofía del marxismo-leninismo se presenta directa y claramente en nombre de la clase trabajadora, se autodenomina concepción del universo del Partido Comunista. Luego entonces, el materialismo histórico es un instrumento ideal del Partido Comunista.

Como ejemplo del tercer subtipo de ficciones filosóficas, cita el autor al liberalismo, en donde se contemplan instituciones tales como la representación popular, que lo que menos representan es al pueblo, y son vías que en la realidad personalizan al poder.

Lon L. Fuller, destacado cultivador de la institución de la ficción jurídica, considera que hay ficciones vivas y muertas. Las primeras son aquellas

que además de contar con las características de la ficción, siguen teniendo vigencia en su aplicación; las segundas se presentan cuando una ficción ha perdido su carácter de tal porque la connotación del término o “metáfora”, a través del tiempo, ya no tiene el rasgo de irrealidad, es decir, se ha vuelto real.<sup>146</sup>

Alf Ross subraya la presencia de tres tipos de ficciones: primeramente las creativas, que son una especie de técnica para la ampliación de las leyes de forma analógica. Así, por ejemplo, si la Isla de Basse Terre-Guadalupe se considera territorio francés, y en Francia se expide alguna ley que proteja a los ciudadanos franceses en algún aspecto laboral, de pronto resulta que un tribunal en Basse Terre-Guadalupe decide aplicar dicha ley a un habitante de la Isla, ya que Basse Terre-Guadalupe está en Francia.

En segundo término las ficciones dogmáticas, que se caracterizan porque tienen por objeto aclarar o complementar la ley vigente. Así, por ejemplo, cuando la norma se refiere al Estado, de pronto se introduce la ficción de las personas morales. Finalmente, la ficción teórica consiste en considerar que los tribunales son simplemente agencias judiciales, y no legislativas; es decir, aplican la ley, no la elaboran.<sup>147</sup>

## 6. Naturaleza

La mayoría de los estudiosos de este instituto lo califican como un instrumento de técnica legislativa que, a través de una imaginaria interpretación de la realidad, o bien sin violentar la realidad, merced a una necesidad dominante sentida, o con la finalidad de una economía legislativa, producen la consecuencia principal de encasillar en formas preestablecidas otras nuevas, argumentando en el ámbito sociopolítico aspiraciones del mismo legislador.

La ficción es una herramienta que el derecho emplea para desarrollar su función y lograr su fin; ésta satisface una necesidad jurídica y se sustenta en la fuerza legal que le es atribuida. Nadie puede ir contra ella y cuenta con una eficacia en juicio de la que carecen los hechos en general,

<sup>146</sup> Fuller, Lon L., “¿Qué es una ficción jurídica?”, *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, 2003, pp. 70-75.

<sup>147</sup> Ross, “Ficciones jurídicas”, *Ficciones jurídicas*, cit., nota anterior, pp. 105-113.

pues los hechos han de probarse, mientras que las ficciones ni lo necesitan ni pueden destruirse con argumentos en contra. Son normas que recrean la realidad previa.

Que la ficción produzca sus efectos mediante la equiparación, la asimilación, o una invención, no afecta a la naturaleza de esta institución. La naturaleza jurídica de la ficción ha sido explicada siempre a partir de la base insuficiente y artificiosa de la técnica misma. También se ha tratado de obtener a partir de un proceso de decantación frente a otras figuras más o menos afines, como las presunciones o la analogía. Sin embargo, tal parece que el esfuerzo no es suficiente para esclarecer la naturaleza de la ficción, ya que usando tanto la técnica como la lógica sólo se responden el cómo y el para qué de la figura, pero no el por qué.

De acuerdo con Lorca Navarrete:

La ficción es algo (a) que, a través de unos medios (b) se propone alcanzar un determinado fin o función (c). Pero no se determina con certeza qué es (a). No se despeja la incógnita diciendo que ese algo (a) es un instrumento técnico de desenvolvimiento del derecho, que tergiversando o no (b) la realidad misma, produce determinados efectos ya señalados (c).<sup>148</sup>

Es decir, la atención se ha concentrado en los fines y en la función, pero no en lo que realmente es.

Luego entonces, si la ficción es vista como instrumento, hay que confrontarla con el campo en donde tiene utilidad, lo que conduce a la idea de técnica legislativa, en donde las verdaderas herramientas se llaman leyes *latu sensu*, es decir, normas. Si las ficciones generalmente cumplen un deseo acomodaticio, de oportunismo, de facilitar, y no propiamente de justicia, ¿qué parte del derecho representan? A decir de Lorca Navarrete, “las ficciones constituyen uno de los exponentes más peculiares y demostrativos de la quiebra, bancarrota e insuficiencia de la técnica legislativa”.<sup>149</sup>

El uso de una técnica jurídica generalmente aparece como insuficiente para colmar las aspiraciones de justicia en las que descansa el derecho.

Así, las ficciones jurídicas pueden tener por objeto las finalidades siguientes:

<sup>148</sup> Lorca Navarrete, *op. cit.*, nota 145, p. 100.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 102.

- 1) Éticas: hacer justicia o permitir el acceso a la equidad.
- 2) Lógico-jurídicas: la lógica jurídica se preocupa por fijar determinados principios para luego inferir de ellos las soluciones a todos los casos concretos, que aparecen de esa forma como aplicaciones de aquéllos.
- 3) Interés: favorecer determinados intereses.
- 4) Innovadoras: introducción de instituciones nuevas sin alterar aparentemente la estructura del orden jurídico.
- 5) Conservadoras: impedir el derrumbe de las teorías jurídicas ante la presión de los nuevos acontecimientos.
- 6) De cambio: servir de transición entre sucesivos sistemas legislativos o doctrinarios.<sup>150</sup>

La naturaleza de las ficciones jurídicas no está en tela de juicio; instauran disposiciones que extienden sus efectos en la esfera del derecho material. La ficción tiene una indudable naturaleza sustantiva.<sup>151</sup>

#### *7. Distinción entre presunción y ficción*

Un elemento importante que distingue las *praesumtio iuris* de las ficciones está en el fundamento de unas y otras. Mientras el fundamento, propio de las presunciones, es lo creíble, lo verosímil, la irrealidad del hecho admitido es, por el contrario, la característica de las ficciones. Además, en tanto que con las presunciones se ordena al juez inferir de ciertos hechos la existencia de otros hechos, en las ficciones no se habla de argumentaciones. En fin, mientras que con las ficciones se innova el derecho sustancial, en el sentido de que la existencia de un hecho, para producir sus efectos jurídicos, deja de ser necesaria, por lo que, después, la prueba de su inexistencia no tiene sentido ni alcance práctico alguno, por el contrario, en las *praesumtiones iuris tantum* el hecho, del cual se admite la existencia, permanece siempre necesario para producir sus efectos jurídicos, y la prueba de su inexistencia los hace surgir.

La ficción, a diferencia de las presunciones, sólo puede ser en estricto sentido obra del legislador. Aquélla es un mandato legal que no se funda

<sup>150</sup> Legaz y Lacambla, Luis, *op. cit.*, nota 135, pp. 73 y ss.

<sup>151</sup> Sánchez Pino, Antonio J., *op. cit.*, nota 89, p. 58.

en ninguna regla general de experiencia, en lo constante de los fenómenos físicos o morales y ni siquiera en su carácter ordinario, sino en la voluntad del legislador, que parte de una base absolutamente contraria: el conocimiento de que la realidad es distinta. Desde luego que la ficción y las presunciones *iuris et de iure* no admiten prueba en contrario.

Quien quiera diferenciar las presunciones legales absolutas de las ficciones tiene que recurrir a la racionalidad propia de aquéllas, de la cual éstas se hallan desprovistas. Racionalidad, sin embargo, relativa, condicionada por elementos de tiempo y de lugar. De ello se muestra convenido el legislador cuando admite, aunque excepcionalmente, la prueba contraria en las presunciones, sobre la que se funda la nulidad de ciertos actos o la inadmisibilidad de ciertas acciones en juicio. Debe, pues, distinguirse la presunción de la ficción; ésta es admisión puramente imaginaria de circunstancias que se sabe no corresponden a la realidad, con el fin de aplicar una determinada norma: *fingimus ea quae non esse scimus; praesumimus ea quae vera esse arbitramur, ducti probabilis argumentis.*

La ficción es la afirmación de un hecho que, como se ha dicho, aparentemente es diferente a la verdad real; en cambio, la presunción es la dispensa de la prueba de un hecho que tiene probabilidades de verdad. La ficción es la imposición de una irreabilidad o inexactitud, mientras que la presunción, se considere como medio de prueba o la razón de ser de determinadas reglas jurídicas, supone siempre una probabilidad.<sup>152</sup> Además, la ficción sustituye la realidad por una presentación imaginaria; en cambio, la presunción continúa el movimiento de una demostración en curso. Todavía más, la ficción no admite prueba en contrario; la presunción, por el contrario, sí. Se dirá que esto sucede sólo en las presunciones *iuris tantum* y no en las *iuris et de iure*, pues precisamente a estas últimas se les ha equiparado a las ficciones jurídicas.

No obstante, Álvaro Muñoz López opina que la *fictio iuris* es una figura muy cercana a la presunción *iuris et de iure*, de la que, sin embargo, se diferencia en determinados matices. El rasgo fundamental distintivo en el plano teórico consiste en la racionalidad que inspira la formulación

<sup>152</sup> García Garrido, “Sobre los verdaderos límites de la ficción en el derecho romano”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1957-1958, p. 309, citado por Albiñana García-Quintana, César, “Ficciones, presunciones y realidades tributarias”, *Tapia*, Madrid, año XIV, núm. 88, mayo-junio de 1996, p. 5.

de las presunciones absolutas y que está ausente de las ficciones jurídicas, cuya fuerza emana sólo de la ley.<sup>153</sup>

De ahí que “el elemento clave de distinción entre presunciones y ficciones es, pues, la naturaleza probatoria de las primeras frente al carácter sustantivo de las segundas”.<sup>154</sup>

Por lo que concierne a las ficciones en el ámbito tributario, se tiene un aspecto más a discusión. Se pretende por una parte de la doctrina que cuando el derecho tributario crea sus propios conceptos, dotándolos de un significado y apartándose del concepto primigenio expuesto por el derecho civil, establece ficciones. Otra vertiente doctrinal, apoyando la autonomía del derecho fiscal, considera que no es así, que cada disciplina jurídica, con apoyo en la teoría general del derecho, está facultada para construir sus propios conceptos e instituciones, y no tiene necesariamente que adoptar los frutos de otras ramas.<sup>155</sup>

Ahora bien, no hay que perder de vista que generalmente las personas no desarrollan sus relaciones jurídicas única y exclusivamente dentro de un ámbito jurídico, sino dentro de un sistema jurídico en donde, en un solo acto o hecho, o más todavía, en torno a un concepto o institución, pueden interrelacionarse distintas disciplinas jurídicas. Luego entonces, aquí tendría lugar un problema de jerarquía de normas o de disciplinas jurídicas.

Colocándose en la postura de un derecho fiscal autónomo para crear sus conceptos e instituciones, si el legislador tributario no toma en cuenta la realidad jurídica previa, integradora de relaciones, derechos y obligaciones, para soslayarla y transgredirla adecuando su disposición a necesidades específicas, puede decirse que implanta una ficción.

## 8. *Los sistemas jurídicos modernos ante la ficción*

Los sistemas jurídicos modernos tienen una inclinación monista y se orientan hacia una fuente normativa decididamente predominante: la ley.

<sup>153</sup> “Las presunciones en el ámbito del impuesto general sobre las sucesiones”, *Impuestos sobre sucesiones, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, vol. I, p. 707, citado por Albiñana, *op. cit.*, nota anterior, p. 5.

<sup>154</sup> Rozas Valdés, José Andrés, *op. cit.*, nota 114, p. 42.

<sup>155</sup> *Ibidem*, pp. 42 y 43.

Se mantiene la posibilidad continua de realizar integraciones y extensiones de una determinada disciplina jurídica, o limitaciones de ella, mediante el pronunciamiento de novedosas normas legislativas.

La adecuación de las normas legales a las siempre recientes exigencias de la práctica se verifica, asimismo, por razón de la interpretación extensiva y la aplicación analógica. En efecto, se puede decir que usualmente cuando apenas una nueva exigencia comienza a aflorar y no presenta aún límites definidos y precisos, la interpretación y la aplicación analógica es la que organiza el terreno a la actividad creadora del legislador.

El oficio del intérprete y de quien aplica la ley es formalmente desigual al de los órganos legislativos; en la fase intermedia en la que la interpretación y aplicación de la ley tienden a preparar, cual sustitutas, la actividad de producir normas innovadoras, se proyecta la sombra de la ficción, aun cuando sea con tintes muy tenues y no siempre fácilmente identificables.

No se puede ciertamente pretender que la creación de normas idóneas para cubrir los requerimientos prácticos que continuamente se revelan responda con toda precisión a la manifestación de dichas exigencias, pero sí puede afirmarse que, en general, se recurre al concepto de ficción, sobre todo en aquellos conceptos que con aquél guardan analogía o afinidad.

#### IV. CONCLUSIONES

Primera. La presunción, desde el punto de vista doctrinal, es considerada como un medio de prueba, dispensa de ésta o como actividad racional, ya del legislador, ya del juzgador.

Segunda. En la mayoría de los países de América Latina se le califica como medio de prueba. El legislador europeo suele considerar a la presunción como las conjeturas provenientes de hechos conocidos, mediante un trabajo de la razón que lleva a cabo el juez o el legislador.

Tercera. La jurisprudencia mexicana, en sintonía con la legislación, ha considerado a la presunción como un medio de prueba artificial.

Cuarta. A pesar de que la presunción jurídica tuvo sus mejores exponentes en el derecho romano posclásico, indefectiblemente ella germinó

en la retórica griega, la cual fue piedra angular en el desarrollo de esta institución al ofrecer una teoría y una clasificación de la prueba.

Quinta. Otros antecedentes de la presunción que podrían señalarse se encuentran en las doctrinas de los glosadores y los canonistas. Los primeros hicieron una clasificación cuatripartita, y los segundos, al jerarquizar las pruebas, colocaron las bases en las que se sustentarían los posteriores sistemas legales de las pruebas.

Sexta. En el Renacimiento también se preocuparon por desarrollar los estudios en torno a esta figura jurídica, destacando Le Duaren y las obras de Alciato y Menochius.

Séptima. Posteriormente, enaltecen a la presunción autores como Pothier y Tancréde, hasta consagrirla en el Código napoleónico. Más tarde, la presunción se vuelve tema de reflexión de ilustres filósofos del derecho como Gény, Ihering, entre otros. En tiempos más recientes creció el interés por el análisis de tan importante figura entre procesalistas, privatistas, filósofos, penalistas, constitucionalistas y fiscalistas, lo que nos permite afirmar que la presunción tiene repercusión en todas las ramas del derecho.

Octava. La distinción entre presunciones legales y judiciales, sin ser la única clasificación, es la más popular, no sólo entre los jurisperitos, sino también en la ley y la jurisprudencia. A juicio de algunos juristas, las presunciones que no admiten prueba en contrario no son verdaderas presunciones.

Novena. Otras clasificaciones de la presunción son aquellas que a la anterior le agregan las presunciones mixtas. También se ha establecido doctrinalmente la clasificación bipartita entre presunciones de medio y de resultado y la que las encuadra entre presunciones en sentido estricto y presunciones aparentes.

Décima. Mucho se ha polemizado acerca de la naturaleza de la presunción, sin llegar a un acuerdo. La naturaleza que le otorga cada autor depende de la definición que haya adoptado. En lo único que hay consenso al respecto es en que se trata de una institución propia del ámbito probatorio.

Decimoprimer. El legislador emplea diversas fórmulas para establecer las presunciones en la norma.

Decimosegunda. La ficción es una actividad intelectual que consiste en suponer algo de manera distinta a su realidad natural, creando consecuencias jurídicas bajo la filosofía del “como si”.

Decimotercera. En un análisis histórico se puede observar que los antiguos romanos, y en forma especial los pretores, utilizaron la ficción magistralmente, aunque en aquellos tiempos sus efectos se limitaban a un caso en concreto. Igualmente, los romanos fueron quienes distinguieron entre ficciones pretorias y legales.

Decimocuarta. En la última centuria, autores como Legaz y Lacambra, Lorca Navarrete y P. Foriers, todos ellos eminentes cultivadores de la filosofía del derecho, han expuesto variadas clasificaciones en torno a la ficción jurídica. El primero de ellos, con un criterio bipartita, distingue entre ficciones equiparadoras y tipificadoras; el segundo ofrece una clasificación extensa y las encasilla en las siguientes categorías: biológicas, sociológicas, técnicas, científicas y filosóficas. Por su parte, P. Foriers hace una ordenación de ficciones legislativas y jurisprudenciales, desglosando la primera de estas categorías en ficciones terminológicas y ficciones normativas.

Decimoquinta. La naturaleza jurídica de las ficciones adquiere unanimidad, a diferencia de lo que sucede en el tema de la presunción, y se le otorga un carácter de norma sustantiva, herramienta ideal de la técnica jurídica.

El uso o abuso de la técnica jurídica sigue siendo un tema muy debatido. Sus detractores opinan que el derecho y su aplicación se han deshumanizado en aras de perfeccionar y aplicar con gran puntualidad la técnica jurídica; en tanto que sus defensores consideran a la técnica como imprescindible para el progreso del saber jurídico y para una recta aplicación y realización del derecho.

Decimosexta. Presunciones y ficciones coinciden en servir tanto en la elaboración como en la aplicación del derecho. Tanto las ficciones como las presunciones legales implican una decisión por parte del Legislativo, que confiere a la norma jurídica un cierto carácter artificial.

Decimoséptima. Varios han sido los criterios para diferenciar entre presunciones y ficciones. Así, por ejemplo, se dice que la presunción se fundamenta en lo posible y en lo verosímil, en tanto que la ficción

siempre refleja irreabilidad; que la ficción no admite prueba en contra en ninguna de sus especies, en tanto que las presunciones *iuris tantum* sí la permiten. Finalmente, la distinción más significativa es aquella que considera a las presunciones como normas que pertenecen al ámbito probatorio, mientras que las ficciones son normas sustantivas.