

**Agustín Luna Serrano**

**CERTEZA Y VERDAD EN EL DERECHO**

*Lectio doctoralis*

ALMERÍA

2012

**Agustín Luna Serrano**

**CERTEZA Y VERDAD EN EL DERECHO**

*Lectio doctoralis*

**resumidamente expuesta en el acto solemne de conferimiento del  
doctorado “honoris causa” por**

**la Universidad de Almería el día**

**11 de mayo de 2012**

## PALABRAS DE AGRADECIMIENTO Y DE EVOCACIÓN

Excelentísimo y Magnífico Sr. Rector; Autoridades universitarias; Profesores; compañeros de la Facultad de Derecho; estudiantes; señoras y señores:

Mis primeras palabras han de ser, no por obligadas menos sinceras, de agradecimiento a esta joven pero floreciente Universidad de Almería por la preciada distinción académica con que me honra. A este honor procuraré corresponder con gratitud leal, siempre, en toda ocasión y en todo momento.

Hace unos instantes se han proclamado unos méritos al objeto de justificar el conferimiento en mi favor del doctorado “honoris causa”, pero sé muy bien que tanto esta como otras ocasiones felices de la vida tienen su origen en la generosa bondad de los numerosos amigos que, de diversas maneras, han promovido que se celebrase este acto.

En este caso, la iniciativa de la concesión del doctorado que se me otorga se debe a la amistad con que me distingue el profesor don Ramón Herrera Campos, de quien me complace subrayar, porque esta apreciación afecta directamente a esta Universidad que me incorpora entre sus doctores, que a ella ha dedicado con intensidad sus mejores afanes de profesor y que en ella ha sabido formar, con magisterio probado, dedicación continuada y cercanía personal, una prestigiosa escuela de jóvenes civilistas que tantas aportaciones valiosas han hecho ya desde esta Facultad de Derecho en que imparten sus enseñanzas.

En estos momentos, para mí y para mi familia tan importantes, quiero recordar a mis padres, que me dieron la vida; al presbítero don Mauricio Adán Cuartero, que siguió día a día mis estudios universitarios; a mi maestro zaragozano don José Luís Lacruz Berdejo, que dirigió mi tesis doctoral y encauzó mi carrera académica; al notario don Manuel García Atance, que me ayudo siempre a no desfallecer; al profesor Emilio Betti, de quien tantas enseñanzas recibí; y al profesor Francesco Santoro-Passarelli, con quien me doctoré en la Universidad de Roma. En estas sentidas palabras de evocación no puede faltar una referencia al profesor Bernardo Moreno Quesada, de quien recibió tanto impulso esta Universidad de Almería, que le distinguió con su escudo de oro, y bajo cuyo magisterio se formó el catedrático don Ramón Herrera Campos que, con reconocido prestigio, profesa en esta Casa de Estudios la enseñanza del derecho civil.

## **CERTEZA Y VERDAD EN EL DERECHO**

### **SUMARIO:**

I. LA POSIBLE ESCISIÓN ENTRE CERTEZA Y VERDAD: 1. Unas referencias doctrinales como punto de partida.- 2. Las certezas públicas de las verdades oficiales.- 3. Consistencia y variedad de las verdades oficiales.- 4. La justificada asunción instrumental de las verdades oficiales.

II. LA CERTEZA DE LAS VERDADES OFICIALES: 5. Breves indicaciones taxonómicas.- 6. Las verdades judiciales revestidas de autoridad.- 7. Las verdades presuntas.- 8. Las verdades presupuestas.- 9. Las verdades aparentes.- 10. Las verdades simuladas.- 11. Las verdades fiduciarias.- 12. Las verdades ficticias.- 13. Las verdades falsas.

III. APRECIACIONES CONCLUSIVAS: 14. La razonable divergencia entre certeza y verdad.- 15. Colofón.

## I. LA POSIBLE ESCISIÓN ENTRE CERTEZA Y VERDAD

### 1. Unas referencias doctrinales como punto de partida.

Un notable filósofo jurista de nuestro tiempo, italiano de indudable ascendencia hispana, Flavio Lopez de Oñate, ha señalado con precisión, en un libro devenido famoso, que cada uno de los individuos recibe del ordenamiento, impuesto por la autoridad, “la certeza de sí mismo y la garantía de su acción, que es garantía de su individualidad, de su realidad y de su persona”, de manera que, en cuanto que “la exigencia más viva de defensa del sujeto es su individualidad, precisa, singular e irreductible”, “la exigencia de certeza del derecho es por eso la más ineliminable exigencia ética, de su específica eticidad, que el derecho encuentra en nuestra época”, por lo que, al atribuir el derecho facultades a cada individuo, le otorga también “la certeza de que su voluntad puede ser realmente querida” y entonces “el sujeto, con la certeza, conquista la seguridad”.

Ahora bien, otro asimismo notable filósofo, el napolitano Giambattista Vico (1668-1744), que ya había expresado en alguna ocasión la profunda reflexión de que cuando los hombres no pueden alcanzar la verdad se atienen a lo cierto, vino también a afirmar, en una línea argumental que puede superponerse, que *certum ab auctoritate est* mientras que *verum (est) a ratione*, añadiendo a esta consideración la de que *auctoritas cum ratione omnino pugnare non potest, nam ita non leges essent, sed mostra legum*, que ha sido considerada por algunos como contradictoria con la anterior afirmación. Es posible, sin embargo, según creo, coordinar con cierta facilidad los dos pasajes relativos al derecho acabados de transcribir, puesto que, usando las mismas palabras latinas en su traducción directa, se puede significar que, si es cierto que “la autoridad no puede pugnar enteramente con la razón”, porque, en su caso, las leyes “no son leyes sino monstruos de leyes”, también lo es que, si lo que afirman las normas es “cierto por autoridad”, puede perfectamente suceder que lo que digan las leyes no se asiente en la verdad, ya que ésta no depende de lo que se diga con autoridad puesto que la “verdad es -o, lo que es lo mismo, se aprecia- por la razón”.

Sobre la inicial base de estas por lo demás bastante sencillas indicaciones, debemos tener en cuenta que el derecho, tratando de propiciar la conservación de la sociedad y, por tanto, una convivencia ordenada y en el mayor grado posible pacífica, busca fundamentalmente proporcionar a

los consociados, en el aspecto objetivo, seguridad jurídica o estable y precisa fijeza del régimen que determina el alcance de las situaciones que les afectan y, en el aspecto subjetivo, certeza y predecibilidad sobre la juridicidad y sus consecuencias aplicativas, ya que sin la implantación de ambas no podría alcanzarse el mejoramiento o perfeccionamiento social que da lugar al valor de la justicia, proclamado como superior por el art. 1.1 de nuestra Constitución. En relación a estas mismas indicaciones hemos de considerar también, como ha puesto magistralmente de relieve, en su magnífica obra de teoría general del derecho, el procesalista español Jaime Guasp, que tal seguridad se coordina complementariamente con la certeza que asimismo deriva del ordenamiento y en función de las cuales los ciudadanos se conducen y se deciden respecto de sus actividades.

Lo que ocurre es que, ya a partir de estas primeras y breves referencias doctrinales, no puede dejar de apreciarse que, según es constatable, lo que el derecho dice y afirma como cierto, en función de su autoridad, no siempre se corresponde con la verdad, que se percibe o se descubre por la razón, de manera que, si bien en la mayoría de los casos el ordenamiento dispensa seguridad a través de la certeza que se deriva de la realidad de una manera directa y natural, no faltan ocasiones en que las leyes, debiendo proporcionar certeza para cumplir *-publice interest-* su función de organización de la vida social, han de recurrir, de manera indirecta y artificial, a provocar ellas mismas, creando esa particular realidad jurídica que es fruto de la dimensión constitutiva del derecho, la certeza que procura certidumbre y seguridad a los ciudadanos. En función de este particular modo de operar del ordenamiento, se puede entender, por ejemplo, que una cosa sea considerada indivisible por el derecho porque “esencialmente” lo es en la realidad, pero que también se la pueda tener por indivisible porque así lo ha decidido la ley, como es el caso de la llamada unidad mínima de cultivo, de la parcela mínima urbanística o de la extensión mínima de explotación forestal, y que asimismo se afirme legalmente que es indivisible la cosa que dividida resultaría inservible para el uso a que se destina o, incluso, la cosa que desmerecería mucho por su división. Por otra parte, esa misma dimensión constitutiva mediante la cual tiende el derecho a organizar la vida social determina que una cosa es inmueble porque lo es “por naturaleza”, pero también que se consideran inmuebles, porque así se considera que conviene, los tractores o los sacos de abono destinados a la explotación de una heredad.

Ello puede ser así, en definitiva, porque, mientras que “la verdad es” por si misma, “la certeza se asevera” y porque la aserción de la certeza lo mismo puede proceder de una

contemplación o de una verificación de la realidad -que es *res quidem vera*- que agotarse -*pro certo* o *pro veritate habetur*- en una mera, aunque eventualmente justificada, declaración.

## **2. Las certezas públicas de las verdades oficiales.**

Aunque pueda decirse, según una apreciación doctrinal muy extendida, que, a diferencia de los enunciados sobre hechos que pueden ser verdaderos o falsos -“apofánticos”, según la terminología de los expertos- las reglas del derecho no son, en cuanto proposiciones normativas que expresan discursos directivos, ni verdaderas ni falsas, “la ley hace saber a cada uno lo que puede querer”, de modo que “precisamente en ello se realiza el beneficio que se hace posible con su certeza”. De este modo las normas proporcionan las vías a través de las cuales -y en razón de la seguridad derivada de la certeza que aquéllas proponen- pueden transitar útilmente los particulares. En este sentido, y de una parte, la observancia de las reglas establecidas como portadoras de certeza otorga validez y eficacia a los actos de los ciudadanos y su inobservancia determina para ellos una sanción desfavorable y, de otra, la misma finalidad de orientación jurídica que de las normas deriva suministra certezas sobre los otros consociados, sobre la trascendencia de sus actos o sobre los derechos que les corresponden y las situaciones que les afectan o señala los medios de averiguación determinativa de tales derechos y situaciones en caso de controversia.

Con estas últimas finalidades apuntadas, que germinan en el seno del iluminismo como respuesta a la exigencia de racionalidad jurídica, se corresponden las que por algunos se ha dado en llamar “certezas públicas”, que proporciona el poder ejecutivo -así las certificaciones, las escrituras notariales, los asientos de los registros civil, de la propiedad o mercantil, las resoluciones administrativas, las cédulas de habitabilidad o las determinaciones municipales de uso de los inmuebles-, que proclama el poder legislativo -así la determinación de las posiciones jurídicas de los ciudadanos con la consiguiente atribución de acciones en defensa de sus derechos- o que provoca con su actuación el poder judicial por medio de la autoridad de cosa juzgada que adorna a la sentencia firme. Se ha llegado incluso a decir que algunas de dichas actividades públicas no son sino expresiones del hecho de que, “por siglos, los operadores jurídicos se han encontrado como fascinados por lo que podría llamarse el «mito de la verdad» y han creído que el uso adecuado de determinados instrumentos materiales y jurídicos podría proporcionar representaciones exactas de la verdad, tanto de la verdad histórica como de la verdad científica”.

## **3. Consistencia y variedad de las verdades oficiales.**

Es cierto que la perfecta coincidencia con la realidad de las aludidas certezas o representaciones oficiales de la verdad se resiente o se encuentra mediatizada frecuentemente por los propios mecanismos internos que se desenvuelven dinámicamente en la vida social y que necesariamente se reflejan en la configuración de la realidad jurídica.

Piénsese, en cuanto al primero de los aspectos de la formulación de las denominadas “certezas públicas” a que se acaba de hacer referencia, que el registro civil puede manifestar que están casados quienes han simulado, según no es infrecuente, la celebración de una boda como expresión del llamado matrimonio de complacencia o que un sujeto es hijo de quien ha llevado a cabo un mero reconocimiento de los igualmente conocidos con la misma denominación; que el contenido de la escritura notarial puede ser la expresión de una venta de alcance solamente fiduciario y hecha en garantía de un acreedor que aparece como comprador; o bien que lo que dice el registro de la propiedad no se ajusta a la realidad, según ponen de relieve los abundantes supuestos de aplicación por los tribunales del art. 34 de la ley hipotecaria.

Por otra parte, las leyes recurren en no pocos casos a ficciones, como la de considerar decisión positiva o negativa de la Administración al llamado silencio administrativo, y a presunciones, como la que atribuye la paternidad del hijo al marido de la madre por consecuencia de cuanto dispuesto en el art. 116 del Código civil.

En cuanto al proceso, cuya finalidad se ordena *-pro re certa-* a la apreciación reconstructiva, plausible y razonable de unos hechos verificados mediante la pertinente prueba y a tomar en consideración, en función de dicha apreciación o *discretio veritatis* y de la calificación jurídica que convenga a tales hechos, una “verdad” sobre la que decidir aplicando las normas, puede perfectamente ocurrir que cuanto decide el juez, que, en la tradición de la regla ulpiana de que *res iudicata pro veritate habetur* y como “verdad judicial”, está adornado -si su sentencia ya es firme- de “certeza”, no se corresponda con la “verdad objetiva”, pero que, aún sin “ser verdadero”, deba “ser tenido por verdadero o ser aceptado como verdadero”. Se trataría, en suma, de un “subrogado de la verdad” o de una “verdad suficiente” a los fines de la aplicación de la norma jurídica, verdad únicamente verificable en el ámbito del discurso propio del proceso y que, cuando la sentencia que la determina deviene firme, adquiere, en aras de la seguridad jurídica y como conveniente aceptación del “mal menor”, la eficacia de la “certeza” o de “hacer creer verdadero” lo que acaso no es tal en la realidad. Se da lugar así a una “convencionalidad de la verdad” de las decisiones judiciales, de modo que, por eso, puede decirse, en conclusión, que lo definitivamente juzgado “es verdad, pero (que)

aunque no lo fuera produce los mismos efectos que si lo fuera”, de modo que, “tanto si es verdad como si no lo es, es como si fuera verdad”. De aquí que a la decisión del juez se le denomine “veredicto”, palabra que procede de una latinización que significa “dicho verdadero”.

Es en razón de todo ello por lo que en el derecho encontramos certezas que se constituyen sobre verdades que efectivamente lo son pero también, necesariamente, certezas que se asientan, al no poderse amparar en verdades que se corresponden indudablemente con la realidad, sobre verdades que acaso únicamente lo son en cuanto verdades judiciales revestidas de autoridad, verdades presuntas, verdades presupuestas, verdades aparentes, verdades simuladas, verdades fiduciarias, verdades fingidas o incluso verdades eventual o seguramente falsas, pero que para el derecho podemos también decir que dan lugar a “certezas públicas” basadas en “verdades oficiales”. En todos estos casos se asiste a supuestos que el derecho acoge como “ciertos”, por razones pragmáticas de utilidad o de conveniencia -de política legislativa, se podría decir más técnicamente-, y que acaso no son ciertos o que son seguramente inciertos, pero que son formalmente constituidos como “verdades putativas” y, como tales, “creíbles como ciertas” a los fines organizadores del ordenamiento, que las asume -siempre sobre el sustrato o denominador común de proporcionar seguridad jurídica- ya sea en función de atender a la equidad, como en el caso de las verdades aparentes o de las verdades ficticias, ya en función de atender a la llamada economía procesal o de favorecer la tranquilidad social y aprovechar para ello la inferencia que proporcionan los datos de la experiencia o la que sugiere la normalidad, como en el caso de las verdades presuntas, ya en función de dar cauce a los intereses lícitos de los consociados, como en el caso de las verdades simuladas o de las verdades fiduciarias, o ya en función de justificar y no sólo dictar una regla positiva o una solución jurisprudencial, como en el caso de las verdades presupuestas.

De la manera expuesta, resulta, pues, que, si las más de las veces la norma de derecho reconoce y consagra la realidad histórica o material, otras manipula y “modifica su sentido en función de la conveniencia social” y “otras, en fin, su preocupación por la conveniencia social le decide a desconocer esta realidad hasta en su evidencia”. Se puede decir, con palabras de un ilustre jurista francés, que, “en el primer caso, el derecho busca la verdad material, que, en el segundo, la deforma y que, en el tercero, la rechaza”, si bien “es siempre la misma preocupación de oportunidad la que inspira su preferencia y la que dirige su actitud”.

#### **4. La justificada asunción instrumental de las verdades oficiales.**

Estas indicaciones no nos deben sorprender, puesto que topamos en muchas ocasiones con supuestos de la realidad práctica que nos rodea que las avalan, y puesto que, como juristas, somos bien conscientes de que a tales supuestos, y con independencia de que sean o no verdaderos, el ordenamiento les otorga certeza -como explicitaremos mediante ejemplos- y a los que consiguientemente adorna de efectividad, como si se asentaran en una verdad histórica o material.

La simple enumeración que anteriormente se ha hecho del elenco de la variada tipología de las diversas verdades que acoge el derecho -las “verdades verdaderas” o históricas y las diferentes “verdades oficiales”- nos muestra que, al igual de lo que ocurre en la vida social, también en relación al derecho se puede decir, como ya enseñara en sus reflexiones morales Michel de Montaigne (1533-1592), que “el reverso de la verdad tiene cien mil caras y un campo indefinido” de plasmación. Por lo demás, no es arbitrario decir que “no existe una realidad absoluta objetiva y única” en cuanto que el lenguaje que la representa “no es un retrato o una fotografía de los hechos”, puesto que “nuestras descripciones están empapadas de teoría hasta el punto de poderse considerar que el mundo está contaminado de las palabras que usamos para describirlo”.

Piénsese, por poner un ejemplo que puede considerarse banal, por referirse a supuestos habituales en la actividad económica, en los reversos de la verdad que suponen la sociedad -anónima o de responsabilidad limitada- denominada unipersonal o la sociedad de varios socios del todo dominada, acaso mediante los sutiles instrumentos de la llamada ingeniería financiera, por una sola persona: la primera, según razón, no podría existir ni responder a la verdad, en cuanto que sociedad y unipersonalidad son conceptos contradictorios que respectivamente se excluyen, pero que para el derecho constituye una entidad indudablemente cierta; y en cuanto a la segunda, su apariencia de sociedad es tranquilamente admitida como certeza por el derecho, que sólo intenta descubrir la verdad que bajo ella se oculta, mediante el llamado “levantamiento del velo”, cuando considera que tal reverso de la verdad resulta dañino e intolerable y con “el fin de evitar -según expresión de que se sirve habitualmente la jurisprudencia- que, bajo la protección de esta ficción o forma legal, puedan ser perjudicados intereses públicos o privados en términos de fraude”. Todo ello sin abundar en la consideración de que las persona jurídicas, por más que se quiera ver en ellas una realidad original directamente derivada de la existencia de hecho de un grupo de personas, de una convergencia de intereses o incluso de un simple objetivo independiente a satisfacer, no dejan de tener un carácter artificial y ficticio y, en definitiva, puramente formal, aunque estén postuladas por atendibles exigencias económicas o sociales.

Como se indicaba antes, no nos debe sorprender a los juristas este desdoblamiento entre “certeza” y “verdad”, si advertimos que, aunque la realidad es más compleja, el derecho no toma propiamente en cuenta sino un universo depurado, “lo que corresponde a la diferencia entre el universo real y su representación”; si consideramos la posible utilidad del recurso a la representación de tal escisión por parte del legislador, como evidencia de manera ejemplar el art. 460, 4º, del Código civil -en cuya regla conviven casos de posesión que responden a una “verdad histórica o real” y otros que se reportan a una “realidad virtual o jurídica”, que, sin ser verdadera, se presenta legalmente como “cierta” -; y si pensamos también, en el concreto plano de la praxis, que en un pleito cada parte alega, relata e intenta probar unos hechos y defiende, a través de la argumentación persuasiva de su abogado, “su propia verdad” y rebate y contradice lo que para la parte adversa es asimismo “su verdad”, de cuyas dos opuestas “verdades” o hipótesis de decisión será en definitiva “cierta” o “verdad oficial” la que, a través del proceso y mediante la “interpretación de los hechos” que ante él se presentan o de las normas legales que debe aplicar decida el juez, aunque acaso su sentencia no acoja, ya sea un función de la aludida interpretación de los hechos y de las normas o ya sea por consecuencia de incurrir en el llamado error judicial o en una actuación prevaricadora, la verdad de la parte que la tiene sino precisamente la tesis de la parte a la que no asiste la verdad.

De las anteriormente relacionadas “certezas públicas” derivadas de “verdades oficiales” se puede decir, en definitiva, que constituyen el resultado materializado de una representación deformada de la realidad -o incluso de un rechazo de la misma- que es eficiente desde el punto de vista normativo y organizador de la sociedad y que, desde la perspectiva de tal finalidad y en cuanto que provienen de los poderes públicos o son consentidas por ellos, participan tales “certezas” de una especial autoridad, si bien, en cuanto que lo que se expresa a través de las mismas es el buscado resultado de dicha deformación o del aludido rechazo de la realidad meramente conveniente desde el punto de vista preceptivo, se constituyen -salvo en algunos casos, como, en particular, el de las verdades ficticias- como “certezas reversibles” para el caso de que tal desviación de la verdad, en principio adoptada como útil, se manifieste como inadecuada o contraproducente.

En este sentido, no se trata de ordinario y necesariamente de meras invenciones o de puros sucedáneos de la verdad, de modo que, si con ellas se prefiere, de entrada, obviar el descubrimiento de la verdad o no se quiere aportar lo verdadero, también se pretende mediante ellas construir entidades que no sean del todo extrañas al entramado social -cuyo desenvolvimiento se pretende propiciar mediante la provocación de la certeza y de la seguridad jurídicas ya antes indicadas- y que

sean solamente “verdades vicarias” o instrumentales, sino que se constituyen, por tanto, en “cuanto más probablemente verdaderas posibles”. Es en razón de estas mismas consideraciones de utilidad normativa -y de manera consecuente- por lo que tales entidades, sólo en algún sentido instrumental artificiales, se configuran precisamente como transformables o reversibles, por si su persistente artificialidad puede llegar a ser perniciosa o inconveniente, para cuyo caso -mediante, *verbi gratia*, la prueba destructora de la presunción *iuris tantum* o la demostración de la simulación- se pueden desmoronar a través de una oportuna “verificación”.

En definitiva, y en un contexto descriptivo más general, pero en el que se incardinan perfectamente las indicaciones anteriores, se puede afirmar que las mismas inducen directamente la idea de que el jurista -y, por tanto, el legislador- es, en cuanto “artista de la razón”, también artista de la palabra y nos hacen recordar las brillantes expresiones de un gran dramaturgo francés contemporáneo cuando afirmaba que “el derecho es la más potente de las escuelas de la imaginación” y que “jamás un poeta ha interpretado tan libremente la naturaleza como un jurista la realidad”.

## **II. LA CERTEZA DE LAS VERDADES OFICIALES**

### **5. Breves indicaciones taxonómicas.**

Las verdades oficiales a las que nos venimos refiriendo, de las que jurídicamente se deriva certeza con independencia de su correspondencia con la realidad, se afirman, unas veces, directamente por las normas, como es el caso de las verdades judiciales revestidas legalmente de autoridad, el caso de las verdades presupuestas -que descenden de la ley o de los principios generales detectados por la jurisprudencia-, el caso de las verdades aparentes, el caso de las verdades ficticias -salvo los escasos supuestos de ficciones negociales-, el caso de las verdades presuntas y, desde luego, el caso de las denominadas verdades falsas. En otras ocasiones tales verdades alcanzan relevancia en cuanto constituidas, en ejercicio de la autonomía que les compete, por los particulares, como son los supuestos de las verdades simuladas y de las verdades fiduciarias.

Desde otro punto de vista, las verdades oficiales -que aquí se examinan fundamentalmente en la circunscrita perspectiva del derecho civil- pueden ser, según ya se ha sugerido antes, reversibles, por poder ser descabalgada su transcendencia en orden a reconducir las cosas a la verdad sustancial, o, por el contrario irreversibles, en cuyo caso es persistente la divergencia entre la verdad

oficial constituida en certeza por las normas y la realidad histórica o material. En este sentido, son reversibles las verdades judiciales transidas de autoridad -siquiera lo sean en supuestos muy tasados-, las verdades aparentes, las presuntas, las simuladas y las fiduciarias; e irreversibles, en cambio, las verdades presupuestas, las ficticias y las falsas. En efecto, mientras la presunción es una suposición de verdad que autoriza a dar paso a la prueba contraria, la ficción es decisiva independientemente de su falta de exactitud.

Tras la expresión de estas sucintas precisiones clasificatorias, respecto de las que las figuras diferenciadas no siempre son entre sí excluyentes, se hace a continuación un esbozo de las “verdades oficiales” más características, limitadamente a aquéllas -*entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*- que pueden considerarse como más nítidamente configuradas.

## **6. Las verdades judiciales revestidas de autoridad**

Sobre el sentido de la verdad oficial en que se constituye lo decidido por el juez cuando su sentencia deviene firme y pasa, como se dice tradicionalmente, en autoridad de cosa juzgada, se han hecho ya algunas consideraciones a propósito de su significación, por lo que ahora parece suficiente hacer algunas breves indicaciones sobre el alcance objetivo que conviene a la misma.

La cosa juzgada a la que la verdad oficial declarada por el juez se contrae es el objeto propio de la resolución que con su firmeza se reviste de autoridad y que no es otro que lo juzgado -esto es, lo enjuiciado y judicialmente decidido-, que coincide, a su vez y salvo eventuales supuestos de incongruencia, con el objeto mismo del proceso. Con criterio plausible que no parece estar en contraste con las vigentes normas positivas, la jurisprudencia viene a considerar que la autoridad que adorna a la sentencia firme ampara también a las cuestiones que, aunque no explicitadas en su formulación literal, se contienen implícitamente afirmadas en la misma.

A propósito de la dimensión material o preclusiva de la cosa juzgada, se sostiene asimismo con habitualidad que la autoridad que le es propia alcanza tanto a lo que se ha deducido en el proceso como a todo lo que, en relación al *petitum* demandado, podría también haberse deducido como hecho o como fundamento jurídico justificativos de lo solicitado. Esta opinión encuentra sufragio en el art. 400 de la ley de enjuiciamiento civil, que, en relación a los hechos y a los fundamentos o títulos jurídicos en que puede basarse lo solicitado en la demanda, impone que se aduzcan en ella “cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea posible reservar su alegación para un ulterior proceso”, regla que se relaciona y conmisura con el art. 218. 1

de la propia ley rituaría, que acoge y precisa, en cuanto a su virtualidad operativa, el viejo principio *iura novit curia*.

## 7. Las verdades presuntas.

Entre las ya antes indicadas verdades oficiales, las verdades presuntas se proclaman frecuentemente por el derecho mediante las normas que consideran verificados ciertos hechos cuya verdad no es segura y cuya averiguación el derecho ni siquiera promueve directamente.

Tal ocurre con las numerosas presunciones legales, aún en el caso de las llamadas *iuris tantum*, a las que con tanta habitualidad recurre el ordenamiento positivo, con la determinación, de economía procesal, de aligerar el *onus probandi* o bien con la intención de excluir del contenido de dicha carga aquello que es difícil de probar o conviene presumir en atención a las conveniencias del tráfico. Las presunciones constituyen, en efecto, en cuanto adoptadas por el legislador “al considerar que en ocasiones es posible cruzar sin imprudencia la frontera teórica que separa la probabilidad de la certidumbre”, una “verdad suficiente” de la que se tiene necesidad, una “suposición de verdad” que da lugar, en definitiva, a una “certeza”, aunque el valor de ésta pueda eventualmente claudicar, ya que, como se conviene desde antiguo, *praesumptum esse debet nisi contrarium approbetur*, pudiéndose decir que la posibilidad de la prueba contraria es la nota característica de la presunción legal.

Los ejemplos de afirmaciones de certezas legales basadas únicamente en verdades presuntas, que se asientan en la probabilidad que se infiere de datos conocidos con el apoyo de la experiencia o en la verosimilitud de los mismos en su correspondencia con la normalidad del *id quod plerunque accidit* y que, en cuanto tales, pueden o no corresponderse con la realidad, podrían multiplicarse. Se pueden recordar aquí desde el caso de la presunción de la muerte de una persona desaparecida o ausente al de la presunta consideración de que el mandato es gratuito; desde la presunción de continuidad posesoria o de posesión intermedia a la que considera que el arrendatario recibe en buen estado la cosa arrendada; desde la presunción de comunidad a la opuesta de pertenencia exclusiva de la pared medianera; desde la presunción de culpa del deudor de la cosa que se pierde en su poder y debe entregar a la de la voluntariedad de la entrega por el acreedor del documento acreditativo de la deuda que se halla en poder del deudor; desde la presunción de que todas las obras, siembras y plantaciones han sido hechas por el propietario a la presunción de la ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio; desde la presunción de igualdad de las porciones de los partícipes en una comunidad de bienes a las numerosas presunciones posesorias referidas al mantenimiento del título

con que se posee, a la justicia de dicho título o a que posee quien tiene su derecho inscrito en el registro de la propiedad, presumida posesión que, a su vez, se presume pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe. Puede también recordarse aquí la presunción de paternidad del marido del hijo al que su esposa da a luz. Otra presunción legal que supone una verdad oficial, coincidente o no con la realidad histórica o material, es la que afirma la certeza de cuanto -aunque, como puede ocurrir, no se corresponda con la verdad- consta en los libros del registro, por estar establecido que “a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo”. En todos estos casos el legislador, siguiendo las reglas que se derivan de la probabilidad basada en la experiencia o de la verosimilitud, deduce plausiblemente que es lo más probable que de unos hechos ciertos y conocidos, por admitidos o probados se sigan otros no conocidos que, en consecuencia de aquéllos, pueden ser presumidos, de manera que respecto de estos hechos presuntos se dispensa de su prueba a la parte litigante a la que la presunción favorece.

Para no abusar de enumeraciones que sería bien fácil ampliar, haré una simple mención de la ideológica “presunción de inocencia”, tan importante en el ámbito del derecho penal, así sustantivo como procesal, y me entretendré brevemente en las llamadas presunciones de buena fe, tenidas también frecuentemente en cuenta por el ordenamiento en relación al matrimonio, a la posesión o a la adquisición *a non domino*.

A diferencia de lo que ocurre en la mayoría de las presunciones legales, cuyo establecimiento por parte del legislador supone, como hemos visto y en correspondencia con el concepto de presunción adoptado por el ordenamiento, una deducción lógica -basada en las ideas de probabilidad o de verosimilitud- que infiere de un hecho indicio que es procesalmente cierto, por conocido, probado o admitido, la existencia de un hecho ignorado, la presunción de buena fe no la formula el legislador en función, como establece la propia ley, del “enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción”, sino que la establece directamente y sin referencia a hecho conocido alguno de que parta una deducción, si bien por plausibles razones de pragmática oportunidad o de seguridad jurídica cuyas implicaciones sería ahora muy largo de explicar. Por tal circunstancia, me ha parecido que a la presunción de buena fe se la puede calificar de irregular, por no ser deducida de un indicio consistente en un hecho previamente considerado cierto o conocido por admitido o probado, frente a la calificación de regulares que

conviene a las presunciones, como las anteriormente enumeradas, que se corresponden, en cambio, con el concepto de presunción legal que ha confeccionado el propio legislador.

En razón de poder afirmar las presunciones legales certidumbres sobre hechos que acaso no se corresponden con la realidad, todas ellas -salvo las conocidas como *praesumptiones iuris et de iure*, de las que luego se hace mención- pueden rebatirse mediante la prueba en contrario. Es por ello por lo que se ha dicho desde antiguo que las presunciones legales se caracterizan por ser “verdades provisionales”, si bien, cuando no se rebaten oportunamente, se convierten, aunque no respondan a la verdad, en “certezas definitivas”.

La presunción de un hecho del que no sabe si existe puede ser también indicada -según ocurre en la tradicionalmente llamada *praesumptio facti*, luego *praesumptio hominis* o también “presunción simple” y ahora denominada legalmente “presunción judicial”- como establecida por el juzgador, puesto que, “a partir de un hecho admitido o probado”, “el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”. En relación a esta presunción judicial, cuya base se encuentra en las que pueden llamarse “reglas de la vida”, es claro que, aunque se exija en el juez que su razonamiento sea lógico, no puede de ello derivarse que lo decidido por el juzgador responda realmente a la verdad, aunque, como dice el texto legal, comporte “certeza, a los efectos del proceso”. Como se observa con facilidad, también se da aquí por supuesto, en efecto, que, en derecho, “certeza” y “verdad” no tienen necesariamente que coincidir: por si fuera necesaria una mayor argumentación, obsérvese que es la propia ley la que admite la posibilidad de que la certeza que deriva de la presunción judicial, obtenida mediante una deducción lógica que ha de ser debidamente razonada, no se corresponda con la verdad, en cuanto que permite, aunque no hay acuerdo doctrinal sobre la vía procesal apta para practicarla, la prueba en contrario que destruya dicha presunción.

## **8. Las verdades presupuestas.**

A veces, el derecho presupone, de manera intuitiva, la existencia de ciertas situaciones y opera en consecuencia como si tales situaciones o circunstancias se hubieran dado en la realidad, otorgándoles la virtualidad de elementos de integración de las previsiones del ordenamiento.

La calificación de estos supuestos de diferenciación entre “certeza” y “verdad” se reporta al concepto de la denominada “presuposición” que se constituiría sobre la “base del negocio” y que, en cuanto a su posible valencia averiguadora de la voluntad negocial, podría enlazarse con la vieja

categoría interpretativa de las *conjecturae*. Aunque en la actualidad no alcanzan particular relieve en la disciplina normativa ni su concepto suscita excesiva atención doctrinal, no dejan de estar presentes en nuestra legislación ni de recurrir a ellos la jurisprudencia.

En el ámbito legislativo, basta recordar al respecto que el muy importante art. 1124 del Código civil se apoya en una verdad presupuesta cuando afirma que “se entiende implícita en las recíprocas” la facultad de resolver por incumplimiento las obligaciones, precepto que, muy razonablemente, se ampara en la idea, tan sencilla como profunda, de que “no es normal, salvo en situaciones de beneficencia, compasión o caridad, que un ser humano, de natural egoísta, sacrifique una parte de su patrimonio, o asuma una carga obligacional, y se avenga a empobrecerse en beneficio de otro sin justificación alguna, sin recibir algo que para él valga más, o lo prefiera a lo que sacrifica”, pues es claro que “nadie se sacrifica sino es por causa de que va a recibir la contrapartida”, de modo que, si tal habitual creencia actúa subjetivamente, ella “objetivamente exige que la contrapartida sea real”.

Por lo demás, y aunque en estos supuestos no se haga referencia a ninguna cláusula condicional implícita, es también de considerar que la idea de la presuposición se encuentra en la base de las normas que, frente al principio general de irrevocabilidad de las donaciones, previenen excepcionalmente la revocación, a iniciativa del donante, de las mismas y que se contienen en los arts. 644 y 648 del Código civil.

Por su parte, la jurisprudencia, aunque con continuas llamadas de atención a la cautela y a la prudencia, no deja de acudir, recordando a veces la teoría de la presuposición o de la base del negocio, a una hipotética y presupuesta condición tácita o “no desarrollada” y, en concreto, a una “implícita cláusula *rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus*” en orden a corregir, a través de una suerte de *reductio ad equitatem*, los sobrevenidos e imprevisibles desequilibrios que se producen, con carácter grave, en las relaciones contractuales.

## **9. Las verdades aparentes.**

Mayor interés pueden suscitar las verdades aparentes, frecuentemente tenidas en cuenta por el derecho con el fin de establecer “certeza” por parte del ordenamiento, que, como es bien sabido, suele tener muy en cuenta el *statu quo* y, en consecuencia con ello, las apariencias. En el caso de las verdades aparentes es indudable, como vamos a ver, que el derecho se fija atentamente en la realidad, pero es igualmente cierto que “prefiere la realidad superficial a la profunda realidad”, es

decir, que se contenta con lo que “aparece” y, por razones de utilidad que reclama la organización de la vida social, sin exigirse la averiguación de lo que realmente “es”.

Es indudable, como ha puesto de relieve nuestra mejor doctrina, la apariencia de titularidad de las cosas que se desprende de su posesión, en particular de la posesión que se disfruta en los bienes muebles. El ejemplo más significativo de la virtualidad de la apariencia de propiedad que se desprende de la posesión es la figura de la adquisición *a non domino* a que se refiere el tan estudiado por la doctrina art. 464 del Código civil, a tenor del cual y siguiendo la vieja regla originada en el derecho consuetudinario francés de que “en fait de meubles possession vaut titre”, recogida literalmente en el art. 2279 del Código de Napoleón, se dispone que “la posesión de los bienes muebles adquiridos de buena fe equivale al título”, precepto que es mayoritariamente entendido en el sentido de que el título a que se refiere la norma es el título de propiedad. También en razón de la virtualidad de la apariencia dispone el artículo 85 de Código de comercio que “la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertos al público causará prescripción de derecho a favor del comprador”, aunque el vendedor no sea propietario, sino mero tenedor, de las mismas. La idea de protección de la apariencia subyace también a la consideración de la creencia de que el contenido en los asientos registrales se corresponde con la verdad que se deriva de la realidad y de que, en tal sentido, suministra a quien consulta el registro de la propiedad una certeza que cuando sirve de base a una decisión que se toma en función de ella no se puede defraudar: en virtud del art. 34 de la ley hipotecaria, en efecto, quien adquiere de buena fe un inmueble de quien, según el registro, se lo puede transmitir y paga por dicha adquisición e inscribe la misma “será mantenido en su adquisición”. Piénsese asimismo en la trascendencia del llamado “signo aparente” de la servidumbre, que determina, de una parte, que no se pueda alegar desconocimiento de la existencia del gravamen cuando se adquiere la finca sirviente sin que aquél conste en los libros del registro -al tener la apariencia que se desprende del signo tanto o más valor que la publicidad registral- y, de otra, que, si el signo no se destruye o se le priva de relevancia, puede dar lugar al supuesto de la llamada constitución de servidumbre por destino del padre de familia.

Por lo demás, con el hecho de poseer se conectan o derivan otras numerosas presunciones legales, a las cuales se ha hecho referencia con anterioridad.

Debe hacerse también referencia aquí a los supuestos del valor de la apariencia de la llamada posesión de estado -cifrada por los clásicos en el *nomen*, el *tractatus* o la *fama*- respecto de la reclamación de la filiación o de la que se entraña en la figura mercantil del “factor notorio”, en la

figura administrativa del “funcionario de hecho” -que, sin nombramiento legal, ejerce aparentemente funciones públicas- o en la figura del juez, alcalde o funcionario incompetente o falta de legítimo nombramiento que no se presenta como tal, sino que ejerce sus funciones públicamente, y autoriza un matrimonio civil. En cierto modo, se comunica aquí y subyace en todos estos casos la idea de la transcendencia aparental de la posesión de los bienes, categoría conceptual a semejanza de la cual, como ya demuestra la indicada referencia a la posesión de estado, se han configurado los otros supuestos de consideración de la apariencia por parte del legislador. En este sentido, alcanza especial relieve en el derecho la figura de la posesión del crédito, en el sentido de que el pago hecho al acreedor aparente, que aunque sin serlo es apreciado socialmente como tal, “liberará -como dice el art. 1164 del Código civil- al deudor”. Juntamente con la figura del acreedor aparente alcanzan también especial relieve en la práctica la figura del propietario aparente, la del heredero aparente, la del mandatario aparente o también la de la llamada sociedad irregular o de hecho, que, a ciertos efectos, se tiene por constituida en cuanto basada en una agrupación de personas que reúne todas las condiciones que serían necesarias para su plena existencia jurídica pero que no ha conseguido adquirir el necesario marchamo constitutivo previsto legalmente.

En todos los casos indicados, en que hay un defecto de derecho o un defecto de poder, la apariencia es fuente de una creencia errónea derivada de una situación de hecho, que es fruto de un déficit de información y que el ordenamiento no deja de considerar -se ha hablado a esto propósito en la doctrina francesa de una “*apparence légalisée*” - si el que se fía de dicha apariencia opera consecuentemente, es decir, con “creencia legítima” o de buena fe.

Dado que el fundamento de la protección de la apariencia se basa en un déficit de información, la categoría de las “verdades aparentes”, en función de las cuales se orientan las conductas, alcanza en la actualidad un especial interés en materia de contratación con los consumidores y ello en el doble sentido -y al margen de los deberes de información, que son propios de todo contratante, pero que tienen una particular incidencia en tal suerte de contratación- de que, por una parte, la legislación de defensa de los consumidores suele otorgar fuerza obligatoria al contenido aparente del contrato, cuando es insuficiente la información, y de que, por otra parte, se da en ella transcendencia, para integrar el contenido del contrato, a los documentos publicitarios. En este sentido, el art. 61.2 del texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, establece que, tanto las “prestaciones propias de cada bien o servicio” como el “contenido de la oferta, promoción o

publicidad” y las “condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas”, “serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad del contrato”.

El indicio de verdad que reside en la apariencia es, por lo demás, tan relevante para el derecho que sobre su base se asientan y formulan tanto el principio general de tutela de la confianza como el también principio general, que no es sino reverso del anterior, de la autoresponsabilidad, de los que ambos se aprovecha en sus resoluciones nuestra jurisprudencia.

A la protección de la confianza que se basa en la conducta exteriorizada por una persona se ordena también el -tantas veces aprovechado por la jurisprudencia- llamado principio general de *non venire contra factum proprium*, que se ordena a la exigencia de que la conducta observada por un sujeto sea coherente, de manera que los actos que realiza y que son percibidos por los demás no pueden ser modificados en perjuicio de quienes han puesto su confianza en lo que dichos actos significan.

#### **10. Las verdades simuladas.**

Otros supuestos de verdades oficiales consisten en las verdades simuladas, que son verdades putativas cuya credibilidad radica en la verosimilitud de mezclar la exteriorización de lo falso con la ocultación de lo verdadero. admitidas en nuestro ordenamiento a propósito de la contratación, en el ámbito de la cual la simulación llamada relativa es admitida sin ninguna dificultad.

La simulación relativa es la que tiene lugar, con bastante frecuencia, cuando se dice celebrar un contrato (contrato simulado) cuando en realidad se quiere celebrar otro (contrato disimulado), tanto en el sentido de concluir efectivamente un contrato pero manifestar que se hace otro -por ejemplo, según es muy usual, una donación que se enmascara de compraventa-, como en el de consignar en el documento en el que el contrato consta una fecha distinta de la real, en el de hacer figurar en dicho documento condiciones, plazos o términos que no se quieren o en el de señalar en el mismo un precio de venta diferente del efectivamente querido y satisfecho. En estos casos de simulación relativa decían los antiguos que el contrato *colorem habet, substantiam vero alteram*, en cuanto que está “destinado a ocultar otro contrato diferente, que es el verdaderamente querido por las partes”, de manera que, por eso, debía valer, siempre que pueda probarse su conclusión, el contrato disimulado, careciendo de transcendencia el disfraz del mismo en que consiste el contrato simulado,

si bien este contrato, en cuanto exteriorizado, seguiría, en principio, apareciendo como verdadero -en decir, como cierto- respecto de terceras personas.

También podría ocurrir que se simule celebrar un contrato cuando en realidad no se quiere celebrar ninguno, en cuyo caso, que configura la llamada simulación absoluta, habría de decirse que el contrato *colorem habet, substantiam vero nullam*, por lo cual no se daría ningún efecto a lo realizado por los simulados contratantes. En este caso, desde luego, como “las partes están de acuerdo en que el contrato no existe a pesar de su apariencia”, lo que quieren es que “detrás de tal apariencia subsista la realidad jurídica anterior”.

En el campo de la simulación cabe también situar la que, en el ámbito procesal relativo a la prueba, se puede llamar “verdad negociada” y que tiene lugar cuando frente a la alegación de un hecho por el actor se conviene con el demandado que no formule oposición, de modo que, en consecuencia, tal hecho alcance la consideración de “hecho pacífico” y, en función de tal calificación, sea tenido en cuenta por el juez.

### **11. Las verdades fiduciarias.**

Cercanas a las verdades simuladas, en cuanto que el contrato simulado es a veces el vehículo del fiduciario, son aquellas que resultan de la celebración de un contrato para el que, en base a la relación de confianza o *causa fiduciae* que existe entre los interesados, se quiere un efecto distinto, más tenue o más limitado, del efecto más intenso que corresponde al tipo contractual utilizado, efecto éste que es el que, aunque no querido ni por tanto “verdadero”, aparece al exterior y, por tanto, se tiene oficialmente por “cierto”.

Estos supuestos de verdades fiduciarias que lo son únicamente en cuanto queridos por los contratantes que confían entre ellos, no están contemplados expresamente en nuestra legislación, pero se han presentado siempre en las relaciones entre particulares, aparecen continuamente en la vida social -con particular incidencia en el ámbito mercantil- y, desde luego, son admitidos, siempre que con ellos no se incurra en fraude, por la jurisprudencia, particularmente copiosa en tema de relaciones jurídicas fiduciarias.

Los ejemplos que se cuentan en la experiencia suelen agruparse, por común referencia a una *causa fiduciae* en la que se vierte la confianza que une a los contratantes, bajo las denominaciones de *fiducia cum amico* y de *fiducia cum creditore*. Al primer tipo de fiducia se adscribe el contrato, bastante corriente, por el que un bien -una cosa o un derecho- se transmite, se adjudica o se pone a

nombre de otra persona, distinta a la de quien, sin embargo, quiere continuar siendo verdadero titular o propietario: por ejemplo, y para formar una sola finca con las dos que pertenecen a dos socios, vendiendo uno al otro la suya para facilitar así la obtención de un único y más cuantioso préstamo hipotecario; o atribuyendo al adjudicatario de ciertos bienes en la división de una herencia no para que los reciba y se los quede sino para que los aplique al pago de las deudas hereditarias; o bien cediendo una persona sus bienes a otra para aparecer como menos pudiente; o, incluso, como a veces ha ocurrido, para sortear el riesgo de una eventual incautación de bienes.

El caso de la llamada *fiducia cum creditore* es más interesante y también más usual. Se da en la llamada “venta en garantía”, que se concierta, para tener la seguridad de evitar el riesgo de que el dinero que en realidad se presta no se devuelva, configurando a dicha cantidad prestada como precio de compra de un bien que se entrega a quien en verdad es prestamista con pacto de retrocesión del bien al prestatario en el momento de la devolución de la cantidad objeto del préstamo. De esta manera, y con la indicada finalidad de garantía, se hace aparecer a quien pide dinero como vendedor y a quien lo presta como comprador del bien. Es precisamente para alejar el supuesto de la tacha de ser el contrato descrito contrario a la prohibición del pacto comisorio o de incurrir en prácticas usurarias, por lo que suele, en efecto, acompañarse la “venta” con la concesión a favor del “vendedor” y en realidad prestatario de un derecho de recompra o de retracto convencional a ejercitar en el momento del vencimiento y abono de la deuda.

En definitiva, se da en estos supuestos la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiere cumplido la finalidad prevista.

Como se ve, en todos los casos indicados se advierte, de una parte, una propiedad verdadera o material y, de otra, una propiedad fiduciaria o formal, de manera que, no obstante la diversa “verdad” que subyace en el supuesto, es la titularidad fiduciaria la que, hacia el exterior, alcanza oficialmente “certeza”.

## **12. Las verdades ficticias.**

Se ha llegado a decir, en alguna ocasión, que el derecho es un saber sobre la ficción, en cuanto que traduce la estructura en norma, o bien un saber sobre esta transformación y, por inmediata consecuencia, un saber sobre la palabra, y también que debe entenderse ahora desde esta perspectiva la vieja imagen medieval de que la *fictio (est) figura veritatis*. En todo caso, en cuanto que las

ficciones son instrumento o “arte insuprimible de la actividad intelectual del hombre” -idea ya sugerida por la antigua consideración de que *fictio est interpretatio*-, el recurso a las mismas es bastante corriente en el discurso de los juristas y en la composición de la normativa del mismo ordenamiento positivo, considerando en ellas a lo existente “como si” no existiera o a lo inexistente “como si” existiera. Las ficciones a que se recurre en el derecho son, en efecto, lo mismo ficciones doctrinales que ficciones convencionales y lo mismo ficciones jurisprudenciales como, sobre todo, ficciones legales. De ahí que el tema de las ficciones constituya uno de los tópicos o lugares comunes de la teoría general del derecho. En todos los supuestos de ficción se persigue una cierta finalidad práctica cuyo logro se alcanza mediante el establecimiento, la fijación o la determinación de unos hechos que se llegan a obtener mediante la interesada formalización de una verdad artificial a costa de abandonar la verdad histórica o material.

Dejando aparte las ficciones doctrinales, las convencionales y las jurisprudenciales -de cuyas últimas la más llamativa ha sido en su día la denominada “ficción de hembra” construida por el Tribunal Supremo-, las ficciones legales se encuentran en los más variados campos normativos de que se compone el sistema del ordenamiento. Así ocurre en el derecho administrativo con el “silencio positivo o negativo”, en el derecho penal con el “delito continuado”, en el derecho internacional con los “edificios extraterritoriales” o con la “territorialidad” en alta mar o en el espacio aéreo abierto de los buques abanderados o de las aeronaves de bandera o, en el derecho tributario, las normas del cual están cuajadas tanto de presunciones como de ficciones, pero aquí sólo se hará mención, en aras de la brevedad, a algunas de las ficciones a las que recurre el Código civil.

En relación a la persona en sí misma se encuentran en el Código dos clásicas ficciones: la primera, de ascendencia romana, es la de considerar nacido al nascituro y la segunda la que establece que el domicilio de los diplomáticos que sirven en el extranjero es el último que han tenido en territorio español. También puede considerarse una ficción la llamada presunción de comoriencia, en cuanto que su presupuesto es precisamente, contra lo que ocurre en el caso de las presunciones, que no sea posible ningún tipo de prueba sobre quien murió primero de dos personas que mueren, por ejemplo, en el mismo accidente. En relación al matrimonio, también se decreta legalmente la ficción de que la condición, el término o el modo que se han puesto se consideran como no puestos. Por lo demás, entre las instituciones que manifiestan con mayor claridad la divergencia entre la realidad y el derecho hay evidentemente que citar, según una compartida y autorizada doctrina, a la adopción.

Por lo que se refiere a los bienes, un caso ejemplar de ficción está constituido por la catalogación de los bienes inmuebles, de los que se enumeran diez tipos, no siendo más que uno de ellos referible a cosas verdaderamente inmuebles e indicándose otros varios que sólo son inmuebles por razón de pura ficción, al punto, *verbi gratia*, de considerar bienes inmuebles a las concesiones administrativas. Siempre en relación a los bienes son de particular interés ciertas ficciones relacionadas con su posesión y su adquisición: a este respecto se pueden citar el supuesto ficticio de la llamada “posesión civilísima” o transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, que ha dado lugar por cierto al pleito económicamente más importante suscitado en España; la norma que obliga a entender que la parte del bien que se divide y que se entrega a cada uno de los partícipes en la comunidad ha sido individualmente poseído mientras dura la indivisión; o bien los supuestos de la llamada *ficta traditio*, pensados por nuestro legislador para atenuar la rigidez de la aplicación mecánica de la llamada teoría del título y el modo en la transmisión de la propiedad. Otros supuestos de ficción, siempre fundamentados en la equidad, se refieren en tema de derechos reales a la ficticia subsistencia del usufructo extinguido objeto de hipoteca y a la ficticia subsistencia independiente de los reunidos derechos de propiedad del suelo y de superficie sobre los que recae un gravamen.

En materia de obligaciones y contratos se establece ficticiamente que la condición de hacer una cosa imposible se tiene por no puesta, que los efectos de la obligación condicionada de dar se retrotraen, una vez cumplida la condición, al día de la constitución de la obligación o bien que está cumplida una condición cuando el obligado por ella impide su cumplimiento.

En tema de derecho sucesorio, y en cuanto a las condiciones testamentarias, han de entenderse ficticiamente por no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres así como la costumbre absoluta de no contraer matrimonio. Siempre en materia sucesoria, una interesante ficción es la de entender que tienen efectos retroactivos al momento de la muerte del causante la aceptación o la repudiación de la herencia.

Aunque algunos discuten su equiparación, es posible considerar asimilables a las ficciones las llamadas presunciones *iuris et de iure*, frente a las cuales no cabe prueba en contrario y respecto de las cuales no puede decirse, como en el caso de las presunciones *iuris tantum*, que sean “verdades provisionales” sino que, lo mismo que las ficciones y aunque no respondan a la realidad, se constituyen en derecho como “verdades definitivas”, por lo que deben considerarse como “ciertas”. Sirvan al efecto dos supuestos presentados como presunciones que en realidad configuran verdaderas

ficciones, en cuanto que, como el ordenamiento no consiente saber si responden o no a la verdad, se deben aceptar y tener, aunque sean “falsas”, como si fueran “ciertas”. El Código civil establece, en este sentido, que se presume siempre hecha una donación en fraude de acreedores, si al hacerla no se ha reservado el donante bienes para pagar sus deudas anteriores e igualmente establece la presunción de que incurren en fraude de acreedores las enajenaciones hechas a título gratuito por el deudor y, por su parte y de manera aún más radical, la legislación concursal establece, respecto de las donaciones en perjuicio de la masa activa del conjunto de los derechos de los acreedores, que dicho perjuicio, aunque no exista, se presume, sin admitirse prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso.

### **13. Las verdades falsas.**

Por lo demás, y del modo indicado, si es claro, desde luego, que hay hechos a los que el ordenamiento reconoce “certeza” porque, según ocurre de ordinario, responden a la “verdad”, también es perfectamente posible que el ordenamiento contemple como “ciertos” hechos que, en definitiva y mediante comprobación *a posteriori*, pueden resultar ser “verdades falsas” o que ya son “verdades falsas” *a priori* pero que el ordenamiento no permite o ya no consiente desvirtuar. A pesar de ello y todo y ser falsos, tales hechos constituirán “certezas” desde el punto de vista del derecho positivo.

Al margen de los casos, no imaginarios, de irregularidades respecto de la producción normativa que, por obvias razones de simplicidad y de certeza, no se tienen en cuenta aunque encierren una falsedad, basta pensar en las verdades presuntas que no se corresponden con la realidad pero que, por no presentarse frente a la presunción *iuris tantum* que las sostiene una prueba contraria que las desvirtúe, pasan de ser “verdades provisionales”, aunque sean falsas, a ser “certezas” o “verdades definitivas”; en las verdades aparentes, que no son reales pero que, cuando generan la confianza ajena, el ordenamiento tiene definitivamente por ciertas; en las verdades simuladas que se mantienen como verdaderas, bien porque así se desea por los interesados o bien porque quien quiere desmentirlas ha perdido la ocasión o carece de prueba para denunciarlas; o también en las verdades ficticias en las que la mentira es evidente; o en las verdades amparadas por presunciones *iuris et de iure*, que hay que soportar necesariamente aunque se sepa que no se corresponden con la verdad; o, asimismo, en las verdades fiduciarias, que por necesidad conceptual no se corresponden con la realidad, pero que aparecen como verdaderas y generan “certeza” mientras los que las constituyen y

crean están interesados en que permanezcan; o en los casos en que un hombre se hace aparecer legalmente, constando como tal en el registro civil, como mujer, en razón del llamado “sexo psicosocial”; o bien, en los casos en que legalmente se atribuye, al margen del caso de la adopción, la condición legal de padre a quien ciertamente no lo es desde el punto de vista biológico, por haber sido sometida su esposa o conviviente a las técnicas de procreación médicamente asistida con inseminación heteróloga; o incluso en el caso, más llamativo, de la atribución de la condición legal de madre a la mujer casada civilmente con la mujer inseminada que da a luz un hijo concebido artificialmente, constituyéndose así un caso de doble maternidad, en parte no biológica sino legal.

En el aludido caso de la adopción, aparte del supuesto habitual de ser jurídicamente considerados como padre y madre los adoptantes que biológicamente no lo son, como la eventual “determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”, podría darse la paradójica situación de que los adoptantes, que no son biológicamente progenitores, sean considerados jurídicamente como padres y de que, contemporáneamente, quienes biológicamente lo son, de manera comprobada, dejen de ser, por regla general, considerados por el derecho como tales.

### **III. APRECIACIONES CONCLUSIVAS**

#### **14. La razonable divergencia entre certeza y verdad.**

Como se ve, certeza y verdad no necesariamente coinciden en el derecho, de manera, además, que es a veces difícil tomar partido, en derecho positivo, entre las dos exigencias de verdad y de seguridad que pueden enfrentarse entre sí.

Ello es así, sencillamente, porque el ordenamiento -cuya función es organizar como mejor puede y sabe la vida social- es un conjunto de reglas y de soluciones que se expresan mediante palabras y porque con la palabra pueden hacerse, cuando así conviene -en nuestro caso para generar “certeza” y “seguridad” a los consociados- toda suerte de figuras, de contrafiguras, de combinaciones, de metamorfosis en que lo falso toma el disfraz de lo cierto e incluso de mixtificaciones. En este sentido, aunque se puede, desde luego, pensar que las “certezas” o verdades oficiales a que se ha venido haciendo referencia no suponen sino la aceptación conformista y resignada de la autoridad del legislador, en cuanto que poco o nada tienen que ver con las seguras “verdades” que se derivan de la realidad y que son descubiertas por la ciencia y por la razón, también

hay que reconocer que tales “certezas” se insertan instrumentalmente, sin mayor dificultad, como útiles mecanismos de la eficiencia del complejo entramado director de la vida social -pleno de claroscuros e imperfecto como toda obra humana- que es el ordenamiento jurídico. Ocurre, en efecto, que las normas se constituyen con frecuencia sobre una mezcla de variados elementos en que se funden y combinan los datos de la vida que emergen de la realidad natural o social con invenciones y construcciones artificiales que contribuyen a posibilitar la consecución más perfecta o más directa de la justicia.

Sería ciertamente de desear que el derecho, en la búsqueda del equilibrio que conviene a la organización social para su conservación y su perfeccionamiento, encontrara algún tipo de acuerdo estable y constante entre los testimonios de la realidad material y las solicitudes que surgen de la sociedad, pero seguramente tal unificación es poco concebible “en cuanto que uno de sus términos - el respeto de los hechos- es fijo y preciso, mientras que el otro -las necesidades de la sociedad- es movedizo y discutible”. En este contexto se plantean, cada vez más, en el derecho, supuestos en que la dicotomía entre “verdad real” o “verité sans phrase” y “verdad oficial” o “verdad legal” o la contraposición entre “naturalidad” y “artificialidad” -disyuntiva esta última no desconocida, desde luego, a nivel doctrinal- se presentan, incluso a veces de manera radical, como legalmente poco superables.

El derecho, en efecto, no sólo cambia y se desenvuelve sino que en su evolución se sirve de recursos como las examinadas verdades oficiales, cuya técnica no es, por lo demás, en absoluto novedosa, puesto que hasta hace relativamente poco tiempo se conoció una categoría tan sorprendente como la “muerte civil”, que daba por muerto para el derecho a quien seguía viviendo, y ahora se permite, como hace nuestro derecho, cambiar al hombre en mujer o se consiente, como en el derecho francés, ya que no resucitar a los muertos, al menos que puedan, con posterioridad a su muerte, contraer póstumo matrimonio.

## **15. Colofón.**

En definitiva, el derecho adopta una postura de cierta relatividad en relación con la verdad, en cuanto que, si ésta, como objetividad material, sólo puede calificarse como tal cuando es verificada con exactitud, la realidad jurídica se cifra, en cambio, en el carácter de su efectividad, lo que la hace en definitiva consistir en una “certeza” reformulada o imaginada, en el sentido de que puede coincidir o no con la verdad histórica, objetiva o material.

Esto es así porque el derecho tiene en cuenta, desde luego, la tensa amalgama que muestra el complejo entramado vital e intersubjetivo -intereses, acontecimientos, relaciones- que tiende a encauzar, de modo que, para organizar eficazmente la vida social, necesita formalizar amplios segmentos de esa realidad humana y a tal efecto los conforma con gran plasticidad, según le conviene, de acuerdo con las técnicas y los instrumentos que la historia le propone, con las fórmulas que las urgencias sociales, las nuevas realidades o las opciones políticas le exigen o sugieren o incluso, muchas veces, como puede.

## CURRICULUM VITAE

Nacido en Caspe (Zaragoza), el día 11 de marzo de 1935, Agustín Luna Serrano es doctor en Derecho por las Universidades de Zaragoza y de Roma-La Sapienza.

Ha sido catedrático numerario de Derecho civil en la Universidad de Santiago de Compostela desde septiembre de 1970 y luego en la de Barcelona desde julio de 1974, hasta su jubilación en septiembre de 2005. Durante los seis posteriores cursos académicos ha explicado la asignatura de Teoría del Derecho en la Universidad Ramón Llull de Barcelona.

Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona, ha sido distinguido con la medalla del mismo correspondiente al año 2005. Tiene también la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort y es vocal permanente de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia.

Ha sido diputado al Parlamento de Cataluña y, durante muchos años, miembro de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de la Generalidad de Cataluña.

Es académico de número de la Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia, de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Cataluña, de la “Reial Academia de Doctors” (con sede en Barcelona) y de la “Académie des Jusprivatistes Européens” (con sede en Pavía). Dentro de esta última corporación forma parte del grupo redactor del “anteproyecto de código europeo de los contratos”.

Ha sido presidente, durante dos mandatos, del Comité Europeo de Derecho Rural, siendo actualmente su presidente de honor y habiéndosele distinguido con su medalla de oro.

Es autor de diferentes obras generales y monográficas de derecho civil, de derecho agrario y de teoría general del derecho.

Es uno de los cinco componentes -de los cuales dos extranjeros- del Consejo Científico de la Escuela de Especialización en Derecho Civil de la Universidad de Camerino y forma parte, como primer miembro honorario elegido, de la “Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile”.

Es doctor *honoris causa* por las Universidades de Jalapa (Veracruz, Méjico) y de Perugia (Italia).