

Presunciones, verdad y normas procesales

JOSEP AGUILÓ REGLA

Universidad de Alicante

RESUMEN. El trabajo se propone alcanzar tres objetivos: 1) Aclarar la disputada cuestión de la “naturaleza” de las presunciones en el Derecho; para ello se muestra la distancia que media entre el sintagma “es presumible” y el sintagma “se presumirá (o debe presumirse)” como forma de aislar adecuadamente la noción de “normas de presunción”. 2) Aclarada esta noción, mostrar la necesidad de introducir en su análisis la distinción entre reglas y principios; lo que permite distinguir, a su vez, entre normas de presunción-regla (presunciones-regla) y normas de presunción-principio (presunciones-principio). 3) Tratar de disolver en términos teóricos las llamadas “presunciones *iuris et de iure*”, para ello se distingue entre “normas de presunción” (que obligan a presumir) y “normas basadas en una presunción” (que no obligan a presumir).

Palabras clave: Presunciones, normas de presunción, normas basadas en una presunción, argumentación jurídica.

ABSTRACT. The aim of this article is threefold: 1) To cast some light on the controversial issue of the “nature” of presumptions in law; to this purpose, showing the gap existing between “is presumable” and “shall be presumed” (or “ought to be presumed”) is the way to adequately individuate the idea of “presumption norms”. 2) Once this idea has been made clear, to show the need to bring, in the analysis of it, the distinction between rules and principles; this allows to distinguish, in turn, between presumption norms which are rules (“presumption rules”) and presumption norms which are principles (“presumption principles”). 3) To try to dissolve, in theoretical terms, the so-called “*iuris et de iure* presumptions” (or “conclusive presumptions”); to this end, “presumption norms” (which oblige to presume) are distinguished from “presumption-based norms” (which do *not* oblige to presume).

Key words: Presumptions, presumption norms, presumption-based norms, legal argumentation.

1. Introducción

Nadie duda de la importancia de las presunciones en el Derecho. Los juristas las usan y hablan de ellas con total naturalidad. Pero esta naturalidad contrasta con la gran cantidad de problemas teóricos que surgen cuando se enfrenta la tarea de dar cuenta de (racionalizar) este uso de los juristas. No voy a empezar el trabajo haciendo una larga enumeración de estos problemas teóricos porque mi propósito central es realizar una drástica reducción de complejidad. Mi punto de partida es otro: dar cuenta de las diferentes contribuciones teóricas al esclarecimiento de

las presunciones -y de las discusiones que ello ha generado- supone enredarse en un sinfín de explicaciones relativas a presupuestos teóricos, estipulaciones de significados, denuncias de falsas presunciones, malentendidos y otras muchas sutilezas; y, sin embargo, en mi opinión, las distancias entre las tesis sostenidas por los diferentes autores no justifican tanto aparato, porque son, en gran medida, compatibles. Yo mismo puedo haber incurrido en el “pecado” de la exageración en alguna intervención anterior¹. En este trabajo me propongo alcanzar tres objetivos: 1) Aclarar la disputada cuestión de la “naturaleza” de las presunciones en el Derecho; para ello me voy a valer de la distancia que media entre el sintagma “es presumible” y el sintagma “se presumirá (o debe presumirse)”. Si el análisis es acertado, debe permitirnos aislar adecuadamente la noción de “normas de presunción”. 2) Una vez perfilada la noción de norma de presunción, procuraré mostrar la necesidad (fertilidad) de introducir en su análisis la distinción entre reglas y principios; lo que permitirá distinguir entre normas de presunción-regla (presunciones-regla) y normas de presunción-principio (presunciones-principio). Y, finalmente, 3) trataré de disolver en términos teóricos las llamadas “presunciones *iuris et de iure*”, para ello voy a distinguir entre “normas de presunción” (que obligan a presumir) y “normas basadas en una presunción” (que no obligan a presumir).

2. Sobre la naturaleza de las presunciones. De “es presumible” a “se presumirá”

2.1. “Es presumible”

Un punto de partida: Un padre contrata los servicios de un detective para que encuentre a su hijo. Le cuenta que hace 15 años, tras una fuerte discusión, se fue de casa dejando una nota de despedida en la que decía que nunca más lo volverían a ver. Al cabo de un tiempo, el detective se reúne con el padre para informarle del resultado de sus pesquisas. El diálogo se inicia así:

Padre: -¿Ha encontrado a mi hijo?

Detective: -No, pero lamento comunicarle que su hijo ha muerto.

A partir de ahí el detective empieza a narrarle el resultado de la investigación. El hijo había emigrado a Australia. Allí había trabajado muy duro y había conseguido labrarse una muy buena posición social. Era un profesional de prestigio, tenía una situación económica muy holgada, había formado una familia (esposa y dos hijos) que conforme a lo indagado podía calificarse de feliz, tenía muchos amigos y no se le conocían enemigos. Esta era su vida. Hace tres meses -relata el detective- su hijo participó en una regata intercontinental y su barco se hundió en un lugar del océano donde las profundidades son abisales. Los servicios de

¹ Me refiero a Aguiló Regla, Josep: “Nota sobre ‘Presunciones’ de Daniel Mendonca”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 22, 1999.

salvamento, que trabajaron incansablemente durante semanas, no rescataron supervivientes ni cadáveres. Los tripulantes desaparecieron. “Todo hace pensar que se hundieron con el barco”. El detective concluyó su informe con estas palabras: “Su hijo está muerto y seguir investigando en estas circunstancias sería estafarle”. La conversación se prolongó por algún tiempo y se detuvo en detalles. Finalmente, el padre pagó los honorarios del detective y se despidió de él dándole las gracias y diciéndole que había hecho un buen trabajo.

Esta historia ilustra una presunción. El detective y el padre presumen la muerte del hijo. Se trata, me parece, de un caso indiscutido y claro de presunción. Según el diccionario de la RAE, “presunción” significa acción y efecto de presumir. Y “presumir”, sospechar, conjeturar o creer algo porque se tienen indicios para ello. A partir de aquí pueden destacarse los tres elementos que componen la estructura típica de las presunciones:

- a) Un hecho presunto: lo sospechado o conjeturado; en nuestra historia, la muerte del hijo.
- b) Un hecho base: los indicios o señales; el hundimiento del barco y la desaparición del hijo.
- c) Una conexión entre ellos. La conexión entre el hecho base y el hecho presunto presupone una regla de presunción; es decir, un enunciado general cuya aceptación autoriza el paso de uno a otro hecho.

Si tomamos el esquema de los argumentos de Toulmin² y estos tres elementos que acabamos de enumerar, es fácil mostrar la estructura de la argumentación que realiza el detective y que el padre acepta.

GARANTÍA (WARRANT): REGLA DE PRESUNCIÓN

Si se produce el hundimiento de un barco y no se tiene noticia del paradero de un pasajero durante un tiempo razonable es presumible la muerte del pasajero.

RAZONES (GROUNDS): HECHO BASE

El barco en el que viajaba su hijo se hundió hace tres meses y desde entonces no se tienen noticias de su paradero.

PRETENSIÓN (CLAIM): HECHO PRESUNTO

Su hijo ha muerto

PRESUMIBLEMENTE

² Toulmin, Stephen E.: *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.

En este razonamiento, la presunción es una inferencia teórica que lleva de premisas que se afirman verdaderas a una conclusión que también se afirma verdadera³. La garantía expresa una regla de presunción que se fundamenta en un juicio de regularidad, normalidad o probabilidad de verdad. La virtud del ejemplo radica en que nos presenta un caso de razonamiento presuntivo que está plenamente situado en un ámbito que apunta claramente a una respuesta a la pregunta por la naturaleza de las presunciones⁴. Podemos recurrir a múltiples expresiones para referirnos a ello, pero todas señalan en la misma dirección. La pretensión que incorpora el detective es de verdad; la regla de presunción utilizada (la garantía del razonamiento presuntivo) es una proposición; el razonamiento del detective, y también el del padre, es razonamiento teórico; el razonamiento del detective, y el del padre, versa sobre una cuestión de creencias, no de preferencias; etc. En este punto, conviene llamar la atención sobre dos cosas. La primera: así vistas, es obvio que las presunciones pertenecen al razonamiento teórico o que tienen naturaleza proposicional. Ahora bien, ello no obsta para que puedan formar parte de un razonamiento práctico. Que sean (o puedan ser) un fragmento de un razonamiento práctico no cambia su naturaleza teórica. En el ejemplo trataba de mostrarlo con la frase del detective: “Su hijo está muerto y seguir investigando en estas circunstancias sería estafarle”. La segunda es que en la formulación de la garantía he recurrido al adjetivo “*presumible*” (al sintagma “*es presumible*”) como la forma típica de formular las reglas de presunción de naturaleza teórica o proposicional.

Como han insistido Peña y Ausín, una característica del razonamiento presuntivo es su derrotabilidad: aceptar una regla de presunción quiere decir que estamos dispuestos a modificar la conclusión si nueva información nos es proporcionada. La derrotabilidad de las presunciones ha generado algunos enredos. En este sentido, Peña y Ausín critican a los autores que vienen a sostener que en las presunciones hay un elemento de decisión o elección, es decir, a quienes sostienen que las presunciones son un asunto de voluntad y no de creencias. Estos autores -dicen Peña y Ausín- parten de una confusión originaria y ello les lleva a incurrir en una confusión derivada. La confusión originaria consiste en creer que en aquellos problemas en los que caben opciones alternativas donde ninguna de las cuales se impone absolutamente (es decir, en términos lógicos), lo único que cabe hacer es elegir, decidir (acto de voluntad). La confusión resultante es que la adopción de reglas de presunción es una

³ En la exposición del razonamiento presuntivo como razonamiento probabilístico sigo en gran medida a Peña y Ausín, aunque las conclusiones a las que pretendo llegar son diferentes a las suyas. Véase Peña Gonzalo, Lorenzo y Ausín Díez, Txetxu: “La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XVIII, 2001.

⁴ Para un mapa de los problemas implicados por la cuestión de la naturaleza de las presunciones, véase Gama Leyva, Raymundo: “Some Ideas About the Nature of Presumption rules”, comunicación presentada al XXII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), Granada, 24 al 29 de mayo de 2005.

cuestión de conveniencia, no de verdad⁵. Este planteamiento me parece incuestionable siempre que nos movamos en el terreno teórico que aquí he pretendido acotar con la expresión “es presumible”.

Si la regla de presunción es aceptada, es decir, si se considera que está fundamentada, que expresa una regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad, lo seguro es atenerse a ella. Es decir, el papel primario de la regla de presunción es aproximarnos a la verdad en el sentido material de la expresión. De ahí se sigue, me parece, una función secundaria (derivada) que también cumplen las reglas de presunción como las aquí consideradas. Esta función está íntimamente relacionada con la derrotabilidad antes aludida del razonamiento presuntivo. Desde la perspectiva procedimental o dialéctica cumplen también la función de distribuir la(s) carga(s) de la argumentación o de la prueba. Lo seguro de atenerse a la regla presuntiva no estriba en que siempre y en cada caso sea más probable la verdad del resultado que la regla arroja, sino en que de manera general (de ahí su carácter de regla) esas reglas son más seguras y, por tanto, lo seguro es atenerse a lo que ellas determinan como verdadero⁶. Quien acepta la regla de presunción y se opone a la conclusión corre, naturalmente, con la carga de la argumentación y/o de la prueba.

Hay tres formas de oponerse a la conclusión:

- a) Negar los fundamentos empíricos de la regla de presunción; es decir, impugnar su papel de garantía. Obviamente para que una regla de presunción pueda operar intersubjetivamente como garantía tiene que ser un lugar común, un tópico compartido; lo que los juristas prefieren llamar una máxima de experiencia.
- b) Aceptar la regla de presunción (es decir, aceptar que expresa una regularidad con una alta probabilidad de verdad), pero negar la ocurrencia del hecho base; esto es, bloquear la presunción.
- c) Aceptar tanto la regla de presunción como la ocurrencia del hecho base, pero exceptuar la regla de presunción mostrando, bien que la conclusión es falsa, bien que hay indicios para creer que el caso es una excepción a la regla. Imaginemos, por ejemplo, que en la descripción que el detective

⁵ Peña Gonzalo, Lorenzo y Ausín Díez, Txetxu, *op. cit.* p. 97 y ss. En este sentido escriben: “Que las presunciones sean asunto de decisión es una tesis que creemos errónea, mas comprendiendo por qué se ha sostenido. Lo que desean alegar los autores, como Ullmann-Margalit [Ullmann-Margalit, Edna: “On Presumption”, en *The Journal of Philosophy*, Vol. LXXX, nº3, marzo, 1983], que avanzan semejante tesis, es que el paso de las premisas (los hechos asumidos, los fundamentos de la presunción) a la conclusión presuntiva es algo que no viene impuesto estrictamente por reglas de la lógica, ni de la deductiva ni siquiera de la inductiva, ya que, si fuera cuestión de meramente aplicar reglas lógicas, no habría ninguna necesidad de invocar una pauta legal o judicial de presunción” (p. 97 y 98). Este párrafo es ilustrativo, me parece, de lo que decía en la introducción de este trabajo: que en las discusiones entre los diferentes autores se van mezclando los planos y que dar cuenta adecuada de ellas requiere introducir un sinfín de matices.

⁶ Peña Gonzalo, Lorenzo y Ausín Díez, Txetxu, *op. cit.* p. 101.

hace de la vida del hijo hubiera indicios para creer que éste había planeado su “desaparición” mediante la simulación de un naufragio. En la terminología de Toulmin, lo designaríamos como la concurrencia de una condición de refutación de la pretensión.

Es importante en este punto llamar la atención sobre lo siguiente: Sólo en los casos b) y c), es decir, en los casos en que se acepta que la regla de presunción nos aproxima a la verdad material, la regla de presunción opera en términos dialécticos como una regla de distribución de la carga de la prueba y/o de la argumentación. En el caso a), el rechazo de la regla de presunción en términos materiales implica también su rechazo en términos procesales o dialécticos.

De todo lo dicho hasta aquí, y a modo de resumen, pueden formularse las siguientes tesis:

1. Hay presunciones y razonamientos presuntivos de naturaleza estrictamente teórica o proposicional.
2. El hecho de que estas presunciones puedan formar parte (o ser un fragmento) de un razonamiento práctico no altera su naturaleza teórica.
3. Estas presunciones presuponen una regla de presunción teórica formulable con un “es presumible”.
4. Estas reglas de presunción expresan un juicio de regularidad fundado en la experiencia al que se reconoce una alta probabilidad de verdad.
5. La aceptación (y el fundamento) de una regla de presunción como garantía radica en que ella nos aproxima a la verdad en sentido material: aceptando la regla de presunción es más probable acertar en la determinación de la verdad material.
6. La aceptación de una regla de presunción como garantía supone aceptar también su derrotabilidad para un caso particular. El razonamiento presuntivo es típicamente un razonamiento derrotable: si contamos con más información es posible rechazar la conclusión.
7. De lo dicho en 5 y en 6 se sigue una función secundaria (derivada) que cumplen las reglas de presunción del tipo aquí considerado: En términos dialécticos o procedimentales distribuyen las cargas de la argumentación y/o de la prueba. Quien acepta la regla de presunción y el hecho base pero rechaza la conclusión corre con la carga de mostrar que el caso en cuestión es una excepción a la regla de presunción.

2.2. “Se presumirá (o debe presumirse)”

Otro punto de partida: El art. 116 del código civil español establece que “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o la separación legal o de hecho de los cónyuges”.

No suscita dudas, creo, que estamos ante una norma jurídica y, en particular, ante una norma de presunción. Si analizamos mínimamente cómo opera esta norma en un ejemplo cualquiera es fácil ver que concurren los mismos elementos que en el caso anterior:

- a) un hecho presunto: “X es el padre de Y”.
- b) un hecho base: “Y es hijo de la esposa de X y nació dentro del matrimonio”
- c) una conexión entre ellos; es decir una regla de presunción que viene normativamente “impuesta”. En este punto surge inmediatamente una pregunta: ¿La imposición normativa de la presunción cambia su “naturaleza”? No nos adelantemos en nuestras conclusiones y, al igual que hicimos antes, reproduzcamos con el esquema de Toulmin el razonamiento de un destinatario de la norma.

GARANTÍA (WARRANT): NORMA DE PRESUNCIÓN

Si nace un niño dentro del matrimonio se presumirá (o debe presumirse) la paternidad del marido

RAZONES (GROUNDS): HECHO BASE

Y es hijo de la esposa de X y nació dentro del matrimonio

PRETENSIÓN (CLAIM): HECHO PRESUNTO

X es el padre de Y

DEBO PRESUMIR

Para captar adecuadamente la naturaleza de las normas de presunción hay que ponerse en la piel del destinatario de la norma y en la de quien dicta la norma. Ello es así porque me parece obvio que un sujeto cualquiera que no está obligado por la norma puede usar perfectamente, por ejemplo, el art. 116 del Cc. como una regla de presunción teórica. Puede aceptar o rechazar dicho artículo como garantía de un razonamiento semejante al que en el ejemplo anterior realizaban el detective y el padre. Es decir, aceptar o rechazar la garantía en función de la valoración que haga de los fundamentos empíricos de la misma. No percatarse de ello ha constituido una fuente inagotable de enredos conceptuales en torno a las normas de presunción. Lo propio y peculiar de las normas de presunción sólo se ve desde las dos perspectivas que he mencionado: la del obligado por la norma de presunción y la del edictor de normas de presunción; paradigmáticamente, la del juez y la del legislador⁷.

⁷ Esta diferenciación de papeles entre el legislador y el juez parece sugerir que las normas de presunción son siempre heterónomas; sin embargo, nada impide considerar que puede haber normas de presunción autónomas o autoimpuestas, aunque aquí no me voy a detener en ellas.

Empecemos por el juez. Para el juez aceptar la norma de presunción quiere decir aceptarla como una norma válida, es decir, tomarla como una de tantas normas que tiene el deber de aplicar. ¿A qué le obliga la norma en cuestión? Una primera respuesta -rechazada, creo, por todo el mundo- podría ser que la norma le obliga a creer en la verdad material de que “X es el padre de Y”. Obligar a creer suena realmente muy raro porque creer no es actuar y no se ve cómo la norma podría obligar a eso. Una segunda respuesta sería que (dado que una norma sí puede obligar a alguien a adoptar una determinada conducta verbal como, por ejemplo, a decir que “el Sol gira en torno a la Tierra”) la norma de presunción obliga al juez a decir que ciertos hechos han tenido lugar. Pero esta solución no está exenta de problemas porque parece privar de sentido a los deberes del juez. Otra forma de decir lo mismo pero dejando intacta (o abierta) la cuestión del sentido -y que además creo que es compartida por muchos- es sostener que las normas de presunción obligan al juez a usar una cierta premisa en la resolución de los casos en los que estas normas sean aplicables⁸. Sea como fuere, de lo dicho puede extraerse, me parece, una primera conclusión: el destinatario de (el obligado por) la norma de presunción es alguien llamado a actuar en algún sentido, no alguien llamado a creer en algo. Por ejemplo, el funcionario del Registro Civil está obligado a dar por acreditada la paternidad como consecuencia de la presunción de paternidad con independencia de cualquier información o conocimiento que tenga sobre la conducta sexual del matrimonio en cuestión; el resto de los mortales, no.

Lo anterior apunta a lo siguiente: la función primaria que cumplen las normas de presunción no es tanto establecer una verdad material cuanto una verdad procesal, procedimental o dialéctica⁹. Aceptar y aplicar una norma de presunción no obliga a creer en la ocurrencia de un hecho, sino a considerar probado o no probado un cierto hecho bajo ciertas circunstancias. Es decir, sin la noción de proceso, las normas de presunción carecen de sentido; cosa que no ocurría en el caso de las reglas de presunción teóricas. Por ello, lo que en las presunciones teóricas aparecía como secundario o derivado (el papel de las reglas de presunción como reglas de distribución de las cargas de la argumentación y/o de la

⁸ Por todos, veáanse Mendonca, Daniel: “Presunciones”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21-I, 1998, p. 85 y Peña Gonzalo, Lorenzo y Ausín Díez, Txetxu, *op. cit.* p. 97 y ss.

⁹ No puedo detenerme aquí a desarrollar la oposición entre verdad material y verdad procesal o dialéctica, pero la clave está en distinguir adecuadamente las dimensiones material y pragmática de la argumentación. Para su configuración me he guiado por un esquema extraído de Atienza, Manuel: *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2005. Atienza distingue tres concepciones (también pueden verse como dimensiones) de la argumentación jurídica: la formal, la material y la pragmática (retórica y dialéctica). Simplificando mucho su planteamiento, Atienza viene a sostener que más allá de las diferencias que pueden observarse entre ellas, argumentar (o argumentación) presenta cuatro propiedades comunes: a) argumentar es una actividad relativa a un lenguaje; b) la argumentación presupone la existencia de un problema que debe ser resuelto; c) la argumentación presenta una ambigüedad proceso/producto que debe ser tratada; y d) la argumentación es una empresa racional, en el sentido de que hay criterios para determinar

prueba) aparece aquí como primario, básico y común a todas las normas de presunción¹⁰. Nótese que, si a la idea de proceso le añadimos el carácter contradictorio de los procesos jurídicos, es fácil ver por qué las normas de presunción, al establecer verdades procesales, siempre benefician a (facilitan las pretensiones de) una parte y perjudican a (dificultan las pretensiones de) la otra. El “deber” del juez se traduce en un “tener que probar” o un “no tener que probar” para las partes. Pero, si aceptamos esto, es decir, si aceptamos que la función primaria de las normas de presunción es establecer una verdad procesal, con las consecuencias

la bondad de los argumentos. Si tomamos estas cuatro características podemos ver de manera muy resumida cómo articula cada concepción estos cuatro elementos.

	Concepción formal	Concepción material	Concepción pragmática (retórica o dialéctica)
Lenguaje	Se centra en los aspectos sintácticos. Se desentiende del mundo y de la aceptación por parte de los otros.	Se centra en los aspectos semánticos. No se desentiende del mundo pero sí en gran medida de la aceptación por parte de los otros.	Se centra en los aspectos pragmáticos. Todo está orientado a la relación con los otros: vencer y/o convencer.
Problema	Dados ciertos datos o premisas (cuya calidad no cuestiona) el problema es qué conclusiones se pueden inferir.	La pregunta es qué se debe creer (qué creencias son válidas como premisas y conclusiones), o qué se debe hacer.	El problema es cómo puedo vencer o convencer en relación con una cuestión disputada.
Proceso/producto	Sólo se interesa por la reconstrucción del resultado, la concatenación de enunciados en forma de premisas y conclusiones.	Se interesa centralmente por la calidad de las premisas y ello implica que no puede desentenderse del proceso. Noción como experimentación, prueba, etc. son centrales e implican algo más que lenguaje.	La argumentación es el proceso. La persuasión o la victoria son el resultado del uso argumentativo del lenguaje pero ya están fuera del mismo.
Criterios de validez	Centralmente las reglas de inferencia deductivas.	Leyes científicas, máximas de experiencia, reglas de interpretación, etc.	En la dialéctica, la victoria es válida siempre que en el transcurso de la disputa se hayan respetado ciertas reglas del juego limpio.

¹⁰ Douglas N. Walton analiza las presunciones desde una perspectiva dialógica como actos de habla. Su tesis es que se trata de un acto de habla a mitad de camino entre las aserciones (“quien afirma tiene que probar”) y las meras suposiciones (que en el desarrollo del diálogo pueden ser olvidadas y libremente rechazadas). Así, sostiene que lo propio y característico del acto de habla de presumir es modificar la carga de la prueba. Como se ve he asumido completamente esta tesis por lo que se refiere a las normas de presunción porque en su explicación juega un papel central la noción de autoridad; pero en relación con lo que he llamado presunciones teóricas creo que la tesis sólo es parcialmente aceptable. El razonamiento presuntivo tiene pleno sentido en términos monológicos (la función de aproximación a la verdad material) y de él se extrae su papel dialógico (su papel como regla de la carga de la prueba). Para darse cuenta de ello es suficiente con preguntarse por qué un interlocutor que no acepta que la regla de presunción sea una guía segura para aproximarse a la verdad material, tendría que aceptarla como regla de la carga de la prueba. No hay que olvidar que en este último contexto (razonamiento puramente teórico) las reglas de presunción no vienen impuestas como normas por ninguna autoridad. Cfr. Walton, Douglas N.: “The Speech Act of Presumption”, *Pragmatics & Cognition*, Vol 1(1), 1993, 125-148.

que ello tiene para las partes ¿cuál es entonces su relación con la verdad material?

Para responder adecuadamente a esta pregunta hay que cambiar de sujeto protagonista, pasar a tomar en consideración al legislador y atender a qué razones pueden llevarle a establecer una norma de presunción, es decir, preguntarnos por las razones subyacentes a las normas de presunción. A continuación, voy a realizar una enumeración de tipos de razones que probablemente no será exhaustiva ni excluyente¹¹.

1. Un primer tipo de razones están vinculadas con la probabilidad de la verdad del hecho presunto. Es decir, lo que subyace al dictado o establecimiento de un *se presumirá* normativo es la aceptación por parte del legislador de un *es presumible* teórico. Muchos podemos pensar, por ejemplo, que eso es lo que ocurre con la presunción de paternidad o con la presunción de fallecimiento del pasajero desaparecido tras el hundimiento de un buque.
2. Un segundo tipo de razones es restablecer un equilibrio probatorio entre partes en conflicto dada la diferente dificultad de prueba que para las partes tienen los hechos relevantes. Piénsese, por ejemplo, en la presunción de paternidad en las demandas de paternidad en las que el demandado se niega de manera arbitraria o abusiva a la realización de las pruebas biológicas.
3. Otro tipo de razones son las que podríamos llamar garantistas. Dada la gravedad de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse para una de las partes se establece una verdad procesal y se vuelca sobre la otra parte toda la carga de la prueba. Piénsese en la presunción de inocencia o en la de la buena fe en la posesión.
4. Otro tipo de razones están vinculadas con la función de estabilización de expectativas y situaciones que pretenden cumplir las instituciones. Así el dictado de una norma de presunción puede resultar coherente con esa pretensión y no ser tanto el resultado de dar cuenta de una “regularidad” preexistente cuanto de intentar establecer una “normalidad” institucional. Piénsese en las presunciones que responden a razones estrictamente institucionales, como la presunción de constitucionalidad de las leyes, de legalidad de la actuación de la Administración, etc. O, en qué quedaría la institución del matrimonio (heterosexual) si no se estableciera la presunción

¹¹ Daniel Mendonca, siguiendo a Ullmann-Margalit [*op. cit.* p. 57], sostiene que la parcialidad que implica el establecimiento de normas de presunción puede justificarse de diversas maneras: por consideraciones probabilísticas (es más/menos frecuente Q que -Q en caso de P), por consideraciones valorativas (las consecuencias de presumir Q en P son más/menos graves que las de presumir -Q) y procesales (es más/menos fácil producir prueba en favor de Q que de -Q, en caso de P). Mendonca, Daniel: “Presunciones”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21-I, 1998.

de paternidad. O, si resulta impensable, por ejemplo, el establecimiento de una presunción de filiación matrimonial para los hijos nacidos dentro de un matrimonio homosexual entre mujeres donde una de ellas es la madre natural.

Ciertamente este catálogo podría ampliarse y además cualquier norma de presunción probablemente responde a más de un tipo de las razones enumeradas. Lo relevante del catálogo para nuestro discurso es que nos permite ver con claridad que tiene pleno sentido dictar normas de presunción aun cuando en su justificación no subyazca un “es presumible”. Este hecho, el que la relación entre “se presumirá” (normativo) y “es presumible” (teórico) sea contingente, ha generado múltiples enredos que han tratado de resolverse introduciendo distinciones y estipulaciones que, en mi opinión, han resultado infructuosas; como, por ejemplo, la distinción entre verdaderas y falsas presunciones a la que más adelante me referiré.

Con todo lo dicho hasta aquí pueden formularse, me parece, algunas tesis generales respecto de las normas de presunción. Algunas de ellas deberán matizarse después, una vez que hayamos introducido algunas distinciones dentro de las normas de presunción.

1. Las normas de presunción operan estrictamente como tales en el ámbito del razonamiento práctico de sus destinatarios; y éstos son sujetos llamados a actuar en algún sentido.
2. Ello no obsta para que un sujeto que no es destinatario de la norma pueda usarla y aceptarla como garantía (premisa) de un razonamiento teórico.
3. Sin la noción de proceso decisorio, las normas de presunción carecen de sentido; cosa que no ocurre con las reglas de presunción meramente teóricas.
4. El sentido de las normas de presunción es establecer una verdad procesal (o una verdad en el proceso¹²); es decir, obligan al juez, bajo ciertas circunstancias, a tomar como probado o no probado un hecho. Constituyen, por tanto, puntos de partida y de llegada en un proceso decisorio.
5. Las verdades procesales (en el proceso) son derrotables, vencibles.
6. En los procesos contradictorios, los deberes del juez relativos a las verdades procesales se traducen en un “no tener que probar” o en un “tener que probar” para las partes en conflicto; es decir, en beneficios y cargas procesales. En este sentido, siempre benefician (facilitan) las pretensiones de

¹² La expresión “verdad procesal” tiene una ambigüedad característica proceso/producto. En efecto, “verdad procesal” puede entenderse como “verdad en el proceso” (la verdad en las fases del proceso) o como “verdad resultado del proceso” (la verdad establecida como resultado de haber culminado todas las fases del proceso). Estos dos sentidos obviamente están relacionados entre sí y no puede decirse que sean independientes. Ahora bien, es cierto que en términos teóricos se vinculan con problemas muy distintos: la noción de “verdad en el proceso” (en las fases del proceso) está vinculada con el problema de las reglas de la carga de la prueba y con las normas de presunción; y la de “verdad resultado del proceso” (la establecida una vez que se han culminado las fases del proceso) está vinculada centralmente con la de cosa juzgada.

una parte y perjudican (dificultan) las pretensiones de la otra. Por ello, siempre y necesariamente tienen una dimensión de distribución y carga de la prueba y/o de la argumentación.

7. La relación entre la verdad procesal establecida por una norma de presunción y la probabilidad de la verdad material del hecho presunto es contingente, es decir, no es necesaria; en consecuencia, la obligación de aceptar una verdad procesal no depende de la aceptación de una cierta probabilidad de verdad en sentido material.

3. Normas de presunción y normas basadas en una presunción. Del lenguaje de las normas al lenguaje de los juristas

Los dos apartados anteriores (ap. 2.1. y 2.2.) han estado destinados a diferenciar de manera clara dos ámbitos en los que juegan las presunciones; estos dos ámbitos son extraordinariamente relevantes para el Derecho. Uno es obvio porque en el Derecho hay normas de presunción. Y el otro también porque los juristas hacen frecuentemente inferencias teóricas -como las del detective y del padre- para alcanzar conclusiones relativas a los hechos acaecidos a partir de otros hechos probados, aunque en general los juristas prefieren hablar de máximas de experiencia en vez de reglas de presunción teóricas (o de razonamiento presuntivo)¹³. En este apartado, me propongo, en primer lugar, analizar de manera más pormenorizada las normas de presunción; en particular, insistir en la distinción entre presunciones-regla y presunciones-principio¹⁴. A continuación, en segundo lugar, voy a referirme a ciertas normas que no pueden considerarse normas de presunción pero que sí puede decirse que están basadas en una presunción. Ello será relevante porque permitirá explicar algunos usos que los juristas hacen de la expresión presunción; y, en particular, el uso que hacen de las presunciones *iuris et de iure*.

3.1. Las normas de presunción: presunciones-regla y presunciones-principio

Una característica general del razonamiento presuntivo (sea teórico o guiado por normas) es su derrotabilidad. Sin embargo, la tradición jurídica ha distinguido refiriéndose a las normas de presunción entre presunciones *iuris tantum*

¹³ Estos dos ámbitos son reconocidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil al distinguir en los arts. 385 y 386 entre presunciones legales (establecidas por la ley) y presunciones judiciales. El art. 386 relativo a las presunciones judiciales establece: "1. 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.

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción."

¹⁴ Me he ocupado de la distinción entre presunciones-regla y presunciones-principios en Aguiló Regla, Josep: "Nota sobre 'Presunciones' de Daniel Mendonca", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 22, 1999.

y presunciones *iuris et de iure*, para diferenciar entre presunciones que admiten prueba en contrario y las que no la admiten. Hay que advertir que afirmar que no se admite prueba en contrario no quiere decir que no pueda aportarse prueba para destruir el hecho base de la presunción¹⁵. Lo que se prohíbe es, por un lado, atacar el enlace establecido por la norma de presunción (ello ocurre también en las presunciones *iuris tantum*) o probar la inexistencia del hecho presunto. Es decir, lo que prohíben, de modo peculiar, las presunciones *iuris et de iure* es la admisión de excepciones a la norma de presunción. En otras palabras, lo que excluyen en sentido estricto es precisamente su derrotabilidad. Este hecho es el que explica las dificultades que tiene tratar de dar cuenta de ambos tipos de presunciones como un fenómeno unitario. Aquí, en este apartado, sólo me voy a referir a las presunciones *iuris tantum* y dejaré para el apartado siguiente las referencias a las *iuris et de iure*. Sólo allí se verá con claridad el porqué de esta escisión.

Entre los procesalistas españoles ha hecho fortuna la distinción entre “presunciones en sentido estricto” y “presunciones aparentes o verdades interinas”¹⁶. En las llamadas “presunciones en sentido estricto” se dan los tres elementos típicos que antes hemos destacado: un hecho base o indicio, un hecho presunto y una relación o nexo “causal” entre ellos. Así, si se acredita mediante prueba directa el hecho base, se tiene por cierto el hecho presunto. Estas presunciones implican, más que una inversión de la carga de la prueba, una modificación del *thema probandi*: la distribución de la carga de la prueba no se ve afectada en lo que se refiere a la iniciativa probatoria de las partes (no afecta al quién tiene que probar) pero sí a los hechos que se tienen que probar; pues el hecho presunto sólo podrá ser tenido en cuenta cuando la parte favorecida por él haya acreditado el hecho base. La parte contraria, cuando éste último haya sido probado, tendrá bien que atacar la prueba del hecho base, bien que atacar el hecho presunto.

Frente a las anteriores están las llamadas “presunciones aparentes o verdades interinas”. Lo característico en ellas es que si bien adoptan la forma (la apariencia) de presunciones, en realidad su única función es la de establecer un reparto del *onus probandi*. En este sentido, por ejemplo, escribe Serra Domínguez: “[para] establecer reglas legales de distribución de la carga de la prueba se vale el legislador de dos diversos expedientes: A) Establecer directamente una regla de carga de la prueba, gravando a una de las partes con la prueba de un hecho determinado [por ejemplo, el art. 850 del Código civil establece que “la prueba de ser cierta la causa de la desheredación *corresponderá* a los herederos del testador, si el desheredado lo negare”]. B) “Crear falsas presunciones que no tienen otra finalidad que enmascarar las reglas sobre la carga de la prueba” [por ejemplo, el art. 434 del Código civil establece que “la buena fe se *presume* siempre, y

¹⁵ Mendonca, Daniel, *op. cit.*

¹⁶ En este punto sigo a Fernández López, Mercedes: *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Ed. La Ley, Madrid, 2006.

al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba”]¹⁷. De acuerdo con este planteamiento las reglas que establecen “falsas presunciones” no serían más que un modo indirecto de establecer reglas sobre la carga de la prueba. Así, por ejemplo, la regla contenida en el art. 1183 del Código civil, que dice que “siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario”, bien podría haberse redactado sin menoscabo alguno simplemente diciendo que “en caso de pérdida de la cosa debida, la prueba del caso fortuito corresponde al deudor”¹⁸.

La clave de la distinción entre “presunciones en sentido estricto” y “presunciones aparentes” parece radicar, pues, en lo siguiente: Las “presunciones en sentido estricto” no afectan a la carga de la prueba (quién tiene que probar), sino sólo al tema de la prueba (qué hay que probar); benefician a una parte, en cuanto que le facilitan la prueba, pero no exoneran a nadie de la necesidad de probar: la parte beneficiada tendrá siempre, como mínimo, que probar el hecho base. Por el contrario, las “presunciones aparentes” son estrictamente reglas de la carga de la prueba; en consecuencia, la parte favorecida no tiene que acreditar hecho base o indicio alguno: queda exonerada de la prueba de cualquier hecho relacionado con el hecho presunto.

Al igual que ocurre con todas las distinciones, ésta no es ni verdadera ni falsa; sino útil o inútil. No niego que la distinción entre reglas relativas al *onus probandi* y al *thema probandi* sea relevante para el discurso interno de los procesalistas; pero sí afirmo que para dar cuenta de las normas de presunción en el Derecho no sirve de gran ayuda porque enmascara algo que me parece que es común a todas las normas de presunción, como es el establecer una verdad procesal; en un caso sometida a una condición (“presunciones en sentido estricto”) y en el otro, sin condición alguna (“presunciones aparentes o verdades interinas”). Para el juez el contenido¹⁹ de ambos tipos de normas es idéntico; estas normas le obligan a dar como probado o no probado un hecho, lo que se traduce para las partes en un tener que probar o no tener que probar ciertos hechos. Lo que sí varía de unas a otras normas son las condiciones de aplicación²⁰, es decir, las condiciones bajo las cuáles surge el deber del juez. Este matiz es muy importante porque me parece que permite ver la distinción que hacen los procesalistas a la luz

¹⁷ Serra Domínguez, M. y Gutiérrez de Cabiedes y Cordón Moreno, F.: *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Vol. XVI, T. 2, Madrid, 1992, p. 52.

¹⁸ Cfr. Fernández López, Mercedes: *op. cit.*

¹⁹ Según von Wright el contenido de una norma es “hablando en términos generales, aquello que debe o puede o tiene que hacerse o no hacerse. El contenido de una prescripción en particular es, en consecuencia, la cosa prescrita (mandada, permitida o prohibida)” en von Wright, G.H.: *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. cast. de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979, p. 88.

²⁰ Von Wright define la condición de aplicación de una norma como “aquella condición que tiene que darse para que exista la oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma dada”, en von Wright, G.H.: *op. cit.* p. 88.

de otra distinción que recorre todo el ordenamiento jurídico y que, me parece, tiene un alcance explicativo muy superior; me refiero a la distinción entre reglas y principios.

En otro lugar he dicho que la mejor manera de caracterizar desde una perspectiva estructural la distinción entre reglas y principios es recurriendo a la caracterización que von Wright hace de las normas categóricas²¹. Los principios son un tipo de pauta de conducta, de normas, cuyas condiciones de aplicación derivan exclusivamente de su contenido; y, en este sentido, establecen deberes o mandatos incondicionados, no sometidos a condición alguna. A diferencia de ellos, las reglas son normas que sí cuentan con condiciones de aplicación adicionales a (que van más allá de) las que derivan de su propio contenido; por ello en su formulación adoptan típicamente una estructura condicional²².

Pues bien, más allá de la propia distinción de los procesalistas entre “presunciones en sentido estricto” y “presunciones aparentes”, creo que para dar cuenta de las normas de presunción en el Derecho hay que distinguir entre normas de presunción-regla (presunciones-regla) y normas de presunción-principio (presunciones-principio). La diferencia estructural está clara. En las presunciones-regla la obligación del juez de asumir una verdad procesal (de dar un hecho por probado, el hecho presunto) está sometida a una condición, cual es la prueba del hecho base. Si no se prueba el hecho base, no surge la obligación de asumir la ocurrencia del hecho presunto. En cualquier caso, como estamos ante presunciones *iuris tantum*, la obligación en cuestión es derrotable mediante prueba en contra del hecho presunto. Por el contrario, en las normas de presunción que propongo llamar presunciones-principio, el deber de aceptar la verdad procesal en que consiste el contenido de la norma de presunción no está sometida a más condiciones que las que derivan de su propio contenido, es decir, la obligación no depende de la prueba de ningún hecho base²³.

Ejemplos del primer tipo (de presunciones-regla) hay muchísimos y bien puede decirse que la mayoría de las normas de presunción responden a este esquema. A modo de ilustración piénsese por ejemplo en todas las reglas de presunción contenidas en el art. 194 del C.c. vinculadas con la declaración de fallecimiento. Más interesante resulta detenerse en las que he llamado presunciones-principio.

²¹ Von Wright, G. H: *op. cit.* p. 91 define las normas categóricas en los siguientes términos: “Llamaremos a una norma (que no sea una regla ideal) categórica si su condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, y *ninguna otra condición*”.

²² Aguiló Regla, Josep: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 136 y ss.

²³ Nótese que en este tipo de normas de presunción falta el hecho base. En el apartado 2.2. de este trabajo he incluido el hecho base dentro de los elementos típicos de las normas de presunción; pero que sea típico, común o central no implica que tengamos que elevarlo a la categoría de propiedad definitoria de las normas de presunción. En mi opinión, es preferible definir a las normas de presunción por su contenido (imponer una verdad procesal o verdad en el proceso) que por las condiciones de aplicación.

Ejemplos de presunciones-principio pueden ser la presunción de inocencia, la de buena fe en la posesión, la de la constitucionalidad de las leyes, la de la legalidad de los actos de la Administración y un largo etc. Un primer aspecto sobre el que quiero llamar la atención, y que opera en favor de la tesis aquí sostenida, es la facilidad (naturalidad) con la que cuando nos referimos a ellas les damos tratamiento de principios. En este sentido, bien puede decirse que su formulación legal (las palabras usadas por el legislador) pierden importancia (en relación con lo que ocurre con las reglas) y que muchas de ellas pueden considerarse principios implícitos; tienen (y les atribuimos) un alcance justificativo y explicativo de las instituciones y los procedimientos en los que operan mucho mayor que el de las reglas; y con total naturalidad diríamos que mientras que los dos primeros ejemplos expresan principios garantistas, los dos segundos, principios institucionales.

Pero ¿qué quiere decir que son normas categóricas y que incorporan un deber no sometido a condiciones adicionales a las que derivan de su contenido? Pues sencillamente que si les diéramos una estructura hipotética o condicional entonces obtendríamos una norma redundante. Su formulación quedaría así: “Si alguien es acusado, entonces debe presumirse la inocencia del acusado”; “si alguien es un poseedor, entonces debe presumirse la buena fe en la posesión”; “si algo es una ley, entonces debe presumirse la constitucionalidad de esa ley”... Si suprimimos todos esos antecedentes, conservamos exactamente las mismas normas. ¿Qué ordenan todas ellas? Lo mismo que las presunciones-regla pero sin someter la obligación a condición alguna; es decir, obligan al juez a asumir una verdad procesal (a dar un hecho por probado, el hecho presunto). En este punto me interesa llamar la atención sobre dos cosas. La primera nos remonta de nuevo a la relación entre la verdad procesal y la verdad material. Estas presunciones no imponen ninguna creencia sobre la sustancia de fondo, sino más bien un “no está probado que”. En puridad sería mejor hablar de presunción de no culpabilidad, de no mala fe, de no inconstitucionalidad o de no ilegalidad²⁴. Este deber se traduce en cargas de la

²⁴ Peña Gonzalo, Lorenzo y Ausín Díez, Txetxu, *op. cit.* p. 107 sostienen que en relación con la presunción de inocencia “sería más correcto decir que la culpabilidad no se presume”. Laudan realiza un profundo análisis de qué exige la presunción de inocencia y de qué instrucciones reciben (y deberían recibir) los jurados en los procesos penales en Estados Unidos. Él no usa la distinción entre verdad material y verdad procesal, pero opone “material” a “probatorio” y los proyecta sobre el par inocente/culpable. La combinación da lugar a cuatro pares e insiste mucho en la asimetría que se produce entre la inocencia y la culpabilidad:

- Inocencia material: el defendido en un proceso es materialmente inocente sólo en el caso de que no haya cometido el delito.
- Inocencia probatoria: el defendido es probatoriamente inocente si la acusación fracasa porque no ha satisfecho el estándar de la prueba penal (no culpable).
- Culpabilidad material: el defendido realmente cometió el crimen.
- Culpabilidad probatoria: la acusación contra el defendido satisface o supera el estándar de prueba.

La asimetría consiste en que mientras la culpabilidad probatoria sostiene la afirmación de la culpabilidad material (el derecho asume que de quien se ha probado la culpabilidad es realmente culpable); la inocencia probatoria no garantiza ninguna inferencia sobre la inocencia material. Véase Laudan, Larry: “The Presumption of Innocence: Material or Probatory?”, *Legal Theory*, nº 11, 2005, 333-361.

prueba y/o de la argumentación para quien alega la culpabilidad, la mala fe, la inconstitucionalidad o la ilegalidad.

La segunda cuestión es ésta. Si miramos las tres categorías hasta ahora distinguidas (esto es, la de reglas de presunción teóricas, la de normas de presunción-regla y la de norma de presunción-principio), es fácil entender por qué muchos autores han propuesto una estipulación consistente en sostener que sólo las presunciones-regla a las que subyace una regla de presunción teórica son genuinas presunciones. Nuevamente, esta estipulación no es ni verdadera ni falsa, sino útil o inútil. En mi opinión, esta estipulación no es aceptable porque a) se aparta en exceso de los usos que los juristas hacen de la expresión “presunción”; b) lleva a confundir las verdades procesales y las verdades materiales y ello tiene un alto coste teórico; y c) desdibuja lo que tienen en común todas las normas de presunción, imponer una verdad procesal (una verdad en el proceso que asienta puntos de partida y de llegada argumentativos y/o probatorios)²⁵.

3.2. Las normas basadas en una presunción. Las presunciones iuris et de iure

Hay normas (muchísimas normas) que no son normas de presunción, es decir, que no están formuladas (ni se ganaría nada formulándolas) con un “se presumirá o deberá presumirse” y que, sin embargo, bien puede decirse que están basadas en (o que a ellas subyace) un “es presumible” teórico. Es decir, que el legislador hizo una presunción pero no dictó una norma de presunción. Piénsese, por ejemplo, en la norma que establece que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. Nadie diría, me parece, que se trata de una norma de presunción; pero probablemente todo el mundo aceptaría que a ella subyace un “es presumible” teórico. Esta norma es explicable a partir de la combinación de un “es presumible” teórico y un juicio de valor; es decir, de la aceptación combinada de una regla de presunción teórica del tipo “cuando una persona ha cumplido 18 años *es presumible* que ha alcanzado un cierto grado de desarrollo intelectual y moral” y de un juicio de valor que *valora* ese grado como suficiente para adquirir el estatus jurídico de la mayoría de edad. Hay, como digo, muchísimas normas, tanto constitutivas como regulativas, que son explicables a partir de la aceptación combinada por parte del legislador de un “es presumible” teórico y un determinado juicio de valor. Pero el que ello sea así no lleva a considerarlas normas de presunción, porque, entre otras cosas, hacerlo supondría que la noción de norma de presunción quedaría totalmente desdibujada, pues la práctica totalidad de las normas jurídicas pasarían a ser normas de presunción; es decir, la noción de norma de presunción dejaría de ser teóricamente relevante.

Ahora bien, hay casos que, en mi opinión, no difieren demasiado del anterior y que algunos juristas sí tratan como normas de presunción. Piénsese, por ejemplo,

²⁵ Cfr. Walton, Douglas N.: “The Speech Act of Presumption”, *Pragmatics & Cognition*, Vol 1(1), 1993, 125-148. Véase la nota 10.

en la norma que establece la prohibición de circular a más de 120 Km/h. Aquí también la norma es explicable como el resultado de combinar la presunción teórica “si se circula a más de 120 Km/h *es presumible* que se alcanza un cierto nivel de riesgo o peligro (probabilidad de daño)” y el juicio de valor que considera *inaceptable* la superación de ese umbral de riesgo. Hasta aquí, la situación no es diferente a la de la mayoría de edad, pero no resultaría extraño encontrar juristas que dijeran que la norma en cuestión establece una presunción *iuris et de iure*. Presume un nivel de riesgo -dirían estos juristas- que no admite prueba en contrario. En otras palabras, dirían que la presunción puede ser bloqueada (cabe probar que en un caso particular no se circulaba a más de 120 Km/h), pero no puede ser derrotada o exceptuada; en el sentido de probar que en el caso en cuestión esa velocidad no era peligrosa. Se estará conmigo en que este tipo de descripciones no son extrañas a la cultura de los juristas, pero en mi opinión es un error tratar estas normas y situaciones normativas como normas de presunción. La razón es bastante sencilla: estas normas no obligan a presumir nada. En el ejemplo, no se obliga a presumir un cierto nivel de riesgo, sólo se obliga a aplicar las consecuencias jurídicas de circular a más de 120 Km/h. Tratar a esta norma como una norma de presunción supone reformular la norma en el sentido de que lo que está prohibido, en realidad, no es circular a más de 120 Km/h, sino circular peligrosamente. A continuación me voy a centrar en el análisis de las llamadas presunciones *iuris et de iure*, pero adelanto ya cuál es la conclusión hacia la que apunto. Del mismo modo que es un error pensar que cada vez que el legislador dicta una norma de presunción está asumiendo un “es presumible” teórico (como creo haber mostrado en el punto 1.2.), es un error pensar que cada vez que el legislador asume un “es presumible” teórico está dictando una norma de presunción. Centrémonos pues en todo ello.

Es obvio que la L.E.C. española reconoce las presunciones *iuris et de iure* en su art. 385 al disponer que “las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”. Pero es obvio también que no resulta nada fácil encontrar ejemplos claros de normas de presunción que reúnan las características que se predicán de las mismas. Es decir, de normas formuladas (o formulables) con un *se presumirá* (o *debe presumirse*), que establezcan una conexión entre un hecho base que debe probarse, un hecho presunto que debe ser asumido y una prohibición de prueba en contra del hecho presunto. Esta dificultad contrasta con la relativa facilidad con la que muchos juristas aluden a una gran variedad de situaciones jurídicas como explicables con la noción de presunción *iuris et de iure*. Por ello he decidido tratarlas dentro de la categoría de normas basadas en una presunción, en lugar de en la categoría de normas de presunción. Si bien se considera, esta distinción que propongo entre normas de presunción (normas que obligan a sus destinatarios a presumir) y normas basadas en una presunción (normas en las que se interpreta que el legislador ha asumido un “es presumible”) no es más que el resultado de tratar de romper una ambigüedad que

se viene arrastrando en la terminología de nuestros códigos: me refiero a la expresión “presunciones establecidas por la ley”.

Pero hay además otra razón de mayor peso para no incluirlas dentro de la categoría de normas de presunción. Hemos caracterizado las normas de presunción a partir de la noción de verdad procesal y hemos dicho que esa verdad era vencible (derrotable) y que mantenía relaciones contingentes con la verdad material. Sin la idea de proceso, sin el aspecto dialéctico -hemos dicho-, estas normas carecen de sentido. Pero, en mi opinión, la idea de una verdad procesal (entendida como verdad en el proceso) no derrotable suena realmente muy extraña, tiene algo de paradójica o contradictoria. Si esto es así, nos encontramos, me parece, ante la siguiente alternativa teórica. O bien abandonamos la caracterización que hemos hecho de las normas de presunción en términos de verdad procesal en el apartado 1.2. para poder incluir a las normas que dan pie a los juristas para hablar de presunciones *iuris et de iure*. O bien salvamos esa caracterización y mostramos que estas normas nada tienen que ver con la noción de verdad procesal (de verdad en el proceso). Esta última es la solución por la que he optado. Es más, en mi opinión, el sentido que tiene el dictado por parte del legislador de las normas que los juristas analizan como presunciones *iuris et de iure* es precisamente negar la idea de verdad procesal: sustraer una cuestión del ámbito de la verdad y/o del ámbito del proceso²⁶. O dicho en otras palabras, el legislador hace -si se quiere decir así- una presunción, pero no ordena presumir nada; la finalidad específica es eliminar todo rastro de razonamiento presuntivo por parte de los destinatarios de esas normas.

Esta característica de las presunciones *iuris et de iure* de sustraer una cuestión del ámbito de la verdad y/o del proceso (de ser la negación de una verdad procesal) explica por qué muchas veces se ha dicho que el establecimiento de normas de este tipo por parte del legislador supone una intromisión ilegítima de la legislación (entendida como función) en el ámbito de la jurisdicción, pues la determinación de lo que ocurre de hecho en el mundo nunca debería ser el objeto de la legislación; el legislador sería inhábil (no estaría en condiciones) para

²⁶ Marina Gascón ha escrito: “... las presunciones legales no proporcionan información empírica; no son procedimientos de prueba, sino normas jurídicas que, para proteger ciertos valores, establecen legalmente la verdad de un hecho sin posibilidad de prueba en contrario (si son presunciones *iuris et de iure*) o con posibilidad de prueba en contrario, regulando la carga de la prueba (si son presunciones *iuris tantum*). Esta constatación es importante, porque significa que allí donde funcionan las presunciones se establece procesalmente como verdadera una situación que puede ser falsa, por ello es preciso reforzar las garantías procesales tendentes a la búsqueda de la verdad, antes de que ésta se convierta en verdad “final” a través de la cosa juzgada”. Marina Gascón Abellán: *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 156. Como se ve, la autora recurre también a la noción de verdad procesal para explicar las normas de presunción; además, aunque usando otra terminología, distingue también entre la verdad en el proceso y la verdad resultado del proceso, pero mantiene a las presunciones *iuris et de iure* dentro del ámbito de las normas de presunción. En mi opinión, ello es el resultado de no distinguir entre normas de presunción (normas que obligan a presumir a sus destinatarios) y normas basadas en una presunción (que no obligan a presumir nada a sus destinatarios).

determinar la ocurrencia de hechos particulares. En este sentido, por ejemplo, escribe Nino: “[...] el consenso democrático no puede funcionar como criterio de verdad fáctica para fundamentar la legitimidad jurisdiccional. Son incompatibles con los principios de una sociedad liberal las leyes que preconstituyen hechos particulares, creando ficciones o presunciones *iuris et de iure*, como los llamados ‘delitos de peligro abstracto’; ellas implican que los poderes políticos se arrogan una función inherente al Poder Judicial”²⁷. No voy a discutir esta cuestión de legitimidad, aunque me parece que estamos ante afirmaciones demasiado gruesas y principialistas. Si las traigo a colación es porque ellas sólo son comprensibles desde la caracterización que aquí hemos dado de este tipo de normas. Se trata de normas basadas en una presunción (el legislador hace una presunción) y destinadas a eliminar todo rastro de razonamiento presuntivo en el destinatario de esas normas.

Otra forma de decir lo mismo es mostrar que el sentido que tiene el dictado de este tipo de normas por parte del legislador consiste en situar una cuestión exclusivamente en el ámbito de la premisa normativa del silogismo judicial en lugar de en la premisa fáctica. A propósito de la inferencia probatoria, González Lagier, ha escrito: “En el proceso de prueba judicial pueden distinguirse, a efectos analíticos, dos fases [...]: Una primera consistiría en la práctica de las pruebas y, por tanto, en la obtención de información [...] Una segunda fase consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera fase”²⁸. Estas dos fases están orientadas a construir lo que generalmente llamamos la premisa fáctica del silogismo judicial con el que el juez, finalmente, justifica el fallo. Lo que el legislador hace con las normas que los juristas interpretan como presunciones *iuris et de iure* es precisamente impedir que una determinada cuestión forme parte de alguna de estas dos fases; lo que significa impedir que sea tratada como una *quaestio facti*²⁹. En mi opinión, los enredos conceptuales en torno a las presunciones *iuris et de iure* tienen mucho que ver con algunos restos de esencialismo en la cultura jurídica: hay cuestiones que en “esencia” o “por naturaleza” pertenecerían a la *quaestio facti* (a la premisa fáctica) y no a la *quaestio iuris* (a la premisa normativa) y la intervención del legislador invirtiendo esos términos tendría

²⁷ Nino, Carlos S.: *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 450.

²⁸ González Lagier, Daniel: *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2005, p. 53 y ss.

²⁹ Jordi Ferrer ha propuesto interpretar “las reglas de prueba legal” como presunciones: “En los supuestos en los que la prueba legal es absoluta la presunción deberá entenderse del tipo *iuris et de iure*. En cambio, en los supuestos en que la prueba legal es relativa, la presunción deberá entenderse como *iuris tantum*”. Ferrer Beltrán, Jordi: *Prueba y verdad en el Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 51 y ss. Esta forma de entender las reglas de prueba legal me parece acertada; ahora bien, si lo dicho hasta aquí es correcto, me parece claro que en este ámbito hay que introducir las mismas aclaraciones que propongo para las presunciones. Mientras que las reglas de prueba legal relativas guían el razonamiento probatorio de sus destinatarios, las absolutas eliminan todo rastro de razonamiento probatorio e inciden exclusivamente sobre la premisa normativa, no sobre la fáctica.

algo de acto “contra natura”³⁰. En mi opinión, en estas decisiones del legislador no hay nada “contra natura”, de donde no se sigue, por cierto, que siempre que interviene en este sentido lo haga de manera justificada (pero ésta es otra cuestión).

Consideremos finalmente otro ejemplo de situación normativa que muchos juristas interpretan como presunción *iuris et de iure*. El art. 181.1 del C. Penal dice que “el que, sin violencia o intimidación, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado como responsable de abuso sexual...” Y en su inciso 2 establece que “...se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años...”. No me voy a detener en la exégesis de este artículo ni en el tratamiento jurisprudencial que ha recibido; lo único que me interesa mostrar es que este tipo de situaciones normativas son descritas con gran frecuencia por los juristas como presunciones *iuris et de iure*³¹. El legislador -se dice- presume que cuando se trata de un menor de trece años no hay consentimiento (o que sólo lo hay en apariencia porque no es válido) y, en consecuencia, prohíbe la prueba en contrario. Es una forma de verlo y explicarlo. Pero también hay otras. Por ejemplo, que lo que hace el legislador es una estipulación relativa al tipo de los abusos sexuales (qué conductas entran dentro de los abusos sexuales); es decir, incluye en el tipo las relaciones sexuales con un menor de trece años con independencia de cualquier acción o manifestación del menor susceptible de ser interpretada como consentimiento. En ambos casos el efecto es el mismo, el legislador sustrae la cuestión del consentimiento del ámbito de la verdad y/o del proceso, pero la segunda me parece teóricamente mucho más clara.

En general las situaciones normativas que llevan a los juristas a hablar de presunciones *iuris et de iure* creo que se caracterizan por lo siguiente: a) Se trata de situaciones normativas *complejas*, es decir, de situaciones cuya reconstrucción teórica exige la remisión a diversos tipos de enunciados jurídicos básicos. b) Se trata de situaciones normativas *diversas*, esto es, su reconstrucción teórica no responde siempre a la misma combinación de enunciados jurídicos básicos. La reconstrucción de la “presunción *iuris et de iure*” en el caso de los delitos de peligro abstracto y la del caso del no consentimiento del menor en los abusos sexuales no son idénticas y no responden al mismo esquema³². c) En la reconstrucción

³⁰ Me he ocupado de la exposición y crítica de la doctrina estándar de los hechos jurídicos en Aguiló Regla, Josep: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 52 y ss.

³¹ En este sentido, véase, por ejemplo: Mercedes Fernández: *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005, p. 42 y ss.

³² O compárense, por ejemplo, estas situaciones normativas que acabo de mencionar con la peculiar combinación de presunción *iuris et de iure* y *iuris tantum* que establecía el segundo párrafo del antiguo art. 108 Código Civil a propósito de la presunción de paternidad al establecer: “Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo”.

teórica de estas situaciones siempre hay un componente *definicional o constitutivo*, pero este componente no es exclusivo de las presunciones *iuris et de iure*, se da también en las *iuris tantum*. Tan definicional o constitutivo es el enunciado “las relaciones sexuales con un menor de 13 años cuentan como relaciones no consentidas” como el enunciado “el pasajero desaparecido por un cierto lapso de tiempo cuenta como fallecido”. La diferencia entre unas presunciones y otras no está en ese aspecto (que es compartido por ambas), sino en el de la derrotabilidad (del hecho presunto y/o constituido)³³. d) El hecho de que estas situaciones normativas cumplan la función de eliminar todo rastro de razonamiento presuntivo en el destinatario de las mismas lleva a pensar en la conveniencia teórica de su expulsión del ámbito de las presunciones.

De todo lo dicho en este apartado pueden formularse algunas tesis relativas a las normas basadas en una presunción.

1. Hay normas (muchísimas normas) que no son normas de presunción, es decir, que no están formuladas (ni se ganaría nada formulándolas) con un “se presumirá o deberá presumirse” y que, sin embargo, bien puede decirse que están basadas en (o que a ellas subyace) un “es presumible” teórico aceptado por el legislador. Es decir, que el legislador hizo una presunción pero no dictó una norma de presunción.
2. Las situaciones que los juristas llaman presunciones *iuris et de iure* se caracterizan por la concurrencia de dos notas: a) los juristas interpretan que en el dictado de la norma el legislador ha asumido un “es presumible” teórico; y b) que el legislador ha prohibido la prueba en contra del hecho presunto, es decir, la derrotabilidad de la presunción.
3. Sin embargo, estas normas no obligan al destinatario de las mismas a presumir ninguna verdad procesal (verdad en el proceso); sólo le obligan a aplicar las consecuencias jurídicas derivadas de la ocurrencia de ciertos hechos.
4. Tratar a estas normas como normas de presunción trae consigo un sinfín de problemas conceptuales, porque la idea de una verdad procesal (en el proceso) no derrotable tiene algo de contradictorio o paradójico.
5. El sentido preciso de este tipo de normas es negar todo rastro de razonamiento presuntivo en el destinatario de las mismas y, por ello, en términos conceptuales hay que oponerlas a (en lugar de confundirlas con) las

³³ En un trabajo anterior [Aguiló Regla, Josep: “Nota sobre ‘Presunciones’ de Daniel Mendonca”, *op. cit.* p. 657 y ss.] sostuve que la diferencia entre las presunciones *iuris tantum* y las *iuris et de iure* se captaba a partir de darse cuenta de que las primeras se basaban en una relación hecho probado/hecho presunto mientras que las segundas se basaban en la relación hecho probado/hecho constituido; y para explicar esto último proponía utilizar la noción de regla puramente constitutiva [Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996]. Pero esta caracterización no funciona por la sencilla razón de que el hecho presunto no bloqueado y/o no derrotado en las presunciones *iuris tantum* es también un hecho constituido. La diferencia, pues no está en esto, sino en el carácter derrotable o no.

normas de presunción. Las normas de presunción imponen una verdad procesal (en el proceso) vencible; por el contrario, estas normas sustraen la cuestión objeto de las mismas del ámbito de la verdad material y/o del ámbito del proceso.

6. Hay rastros de esencialismo en el uso que los juristas hacen de las presunciones *iuris et de iure*, pues supone creer que hay cuestiones que en “esencia” o “por naturaleza” pertenecerían a la *quaestio facti* (a la premisa fáctica) y no a la *quaestio iuris* (a la premisa normativa) y que la intervención del legislador invirtiendo estos términos tendría algo de acto “contra natura”. En mi opinión, en estas decisiones del legislador no hay nada esencialmente incorrecto o deficitario, de donde no se sigue, por cierto, que siempre estén justificadas.
7. La categoría de normas de presunción *iuris et de iure* es perfectamente prescindible en términos teóricos. Todas las situaciones que los juristas califican como presunciones *iuris et de iure* son susceptibles de recibir una explicación teórica alternativa más potente y clara que la de tratarlas como normas de presunción.