

Las presunciones en el Derecho¹

Presumptions in the Law

Por JOSEP AGUILÓ REGLA
Universidad de Alicante

RESUMEN

El trabajo se propone alcanzar tres objetivos. El primero es aclarar la disputada cuestión de la «naturaleza» (teórica o práctica) de las presunciones en el Derecho; el análisis que se realiza pretende separar adecuadamente las llamadas presunciones hominis (del hombre) de las presunciones establecidas por las «normas de presunción». El segundo objetivo es aclarar dos cuestiones vinculadas con las normas de presunción: una, el carácter constitutivo o regulativo de dichas normas; y, otra, si a ellas les es aplicable la distinción entre principios y reglas. El tercer objetivo es mostrar que las llamadas «presunciones iuris et de iure» no son, en realidad, presunciones;

¹ Me he ocupado de las presunciones en el Derecho en tres ocasiones anteriores. La primera en «Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22, 1999. La segunda, en «Presunciones, verdad y normas procesales», que apareció en dos lugares diferentes: a) *Isegoría*, n.º 35, 2006; y b) *Jueces para la democracia*, n.º 57, 2006. Y la tercera, en «Las presunciones hominis y las inferencias probatorias», en *Derecho PUCP*, n.º 79, 2017. El presente artículo constituye una revisión en profundidad mi intervención del año 2006.

Quiero agradecer la ayuda que, con sus comentarios y críticas, me han prestado Manuel Atienza, Juan Antonio Pérez Lledó, Isabel Lifante, Victoria Roca, Jesús Vega, Alf Lozada y Catherine Ricaurte.

Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «Desarrollo de una concepción argumentativa del Derecho» DER2013-42472-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español.

pues el razonamiento que se genera a partir de ellas no presenta ninguna de las propiedades características del «razonamiento presuntivo».

Palabras clave: Presunciones, razonamiento jurídico, razonamiento presuntivo, normas de presunción.

ABSTRACT

The paper aims to achieve three purposes. The first one is to clarify the disputed question of whether the «nature» of presumptions in the law is theoretical or practical. This analysis is intended to separate the so-called hominis presumptions from the presumptions established by «norms of presumption». The second purpose is to clarify two questions related to the norms of presumption: i) the question of whether these norms are of a constitutive or a regulative character; ii) the question of whether the distinction between principles and rules applies in relation to them. The third purpose is to show that the so-called «irrebuttable presumptions» are not, in fact, presumptions. The reason is clear: the reasoning generated on them does not show any of the properties that characterize «presumptive reasoning».

Key words: Presumptions, legal reasoning, presumptive reasoning, norms of presumption.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. SOBRE LA NATURALEZA DE LAS PRESUNCIONES: DE «ES PRESUMIBLE» A «SE PRESUMIRÁ (O DEBE PRESUMIRSE)». 2.1 «*Es presumible*». *Las presunciones hominis*. 2.2 «*Se presumirá (o debe presumirse)*». *Las normas de presunción*.—3. SOBRE LAS NORMAS DE PRESUNCIÓN. 3.1 *Normas de presunción, principios y reglas*. 3.2 *Sobre el carácter bifronte (constitutivo y regulativo) de las normas de presunción*.—4. EL PROBLEMA DE LAS PRESUNCIONES *IURIS ET DE IURE*.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. ON THE NATURE OF PRESUMPTIONS: FROM «IS PRESUMABLE» TO «SHALL BE PRESUMED». 2.1 «*It is presumable*». *The hominis presumptions*. 2.2 «*It shall be presumed*». *The norms of presumption*.—3. ON NORMS OF PRESUMPTION. 3.1 *Norms of presumption, principles and rules*. 3.2 *On the two-fold character (constitutive and regulative) of the rules of presumption*.—4. THE PROBLEM OF THE IRREBUTTABLE PRESUMPTIONS.

1. INTRODUCCIÓN

Nadie duda de la importancia de las presunciones en el Derecho. Los juristas las usan y hablan de ellas con total naturalidad. Esta natu-

alidad contrasta, sin embargo, con la gran cantidad de problemas teóricos que parecen surgir cuando se trata de dar cuenta de ese uso. En este trabajo me propongo exponer la cuestión de la manera más clara y sencilla de que soy capaz. En primer lugar, voy a tratar de aclarar la disputada cuestión de la «naturaleza» (teórica o práctica) de las presunciones en el Derecho; y 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 permitarnos separar adecuadamente las llamadas presunciones *hominis* (del hombre) de las presunciones establecidas por las «normas de presunción». En segundo lugar, una vez que haya quedado bien perfilada la noción de norma de presunción, procuraré mostrar dos cosas: por un lado, la utilidad de introducir la distinción entre reglas y principios en el análisis de las normas de presunción; y, por otro, el carácter bifronte (constitutivo y regulativo) de las mismas. Finalmente, en tercer lugar, sostendré que lo que los juristas llaman «presunciones *iuris et de iure*» no son, en realidad, presunciones, pues el razonamiento que se genera a partir de ellas no presenta ninguna de las propiedades características del «razonamiento presuntivo». Para poder desarrollar este punto, introduciré la distinción entre «normas de presunción», que obligan a presumir, y «normas basadas en una presunción», que no obligan a presumir nada.

2. SOBRE LA NATURALEZA DE LAS PRESUNCIONES: DE «ES PRESUMIBLE» A «SE PRESUMIRÁ (O DEBE PRESUMIRSE)»

Los dos apartados que siguen (2.1. y 2.2.) están destinados a diferenciar de manera clara dos ámbitos en los que juegan las presunciones en el Derecho: las presunciones que hacen las personas al realizar inferencias probatorias y las presunciones establecidas por las normas jurídicas. 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» (las que realizan los jueces)².

² Art. 385: «1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.

2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.

3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba».

2.1 «Es presumible». Las presunciones *hominis*

Tomemos el siguiente relato como 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, y 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 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.

Este relato 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 esta definición 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) Uno o varios hechos base: los indicios o señales; el hundimiento del barco y la desaparición del hijo.

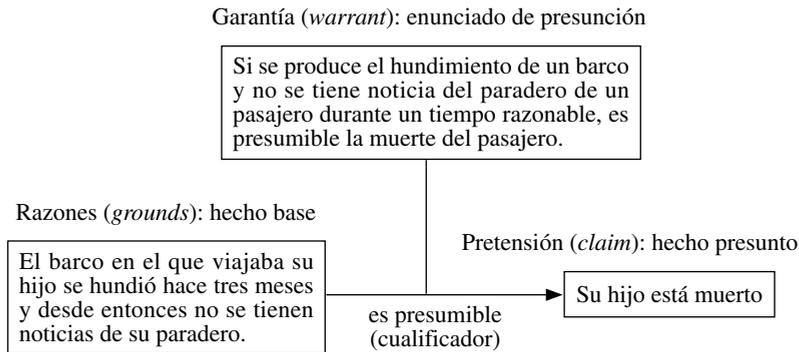
Art. 386: «1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

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

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior».

c) Una conexión entre ellos. Entre el hecho base y el hecho presunto hay un enunciado de presunción; es decir, un enunciado general cuya aceptación autoriza el paso de un(os) hecho(s) a otro(s) hecho(s)³.

Si tomamos el esquema de los argumentos de Toulmin⁴ y lo proyectamos sobre los tres elementos que acabamos de enumerar, es fácil mostrar la estructura de la argumentación que realiza el detective y que el padre acepta.



³ Nótese que la estructura de estas presunciones es la misma que la de cualquier otra inferencia probatoria. Es decir, exceptuando las pruebas directas, el razonamiento probatorio tiene siempre la misma estructura: el paso de unos hechos particulares a otros y un enunciado general que autoriza dicho paso (la conexión entre los hechos). En la prueba de indicios, unos hechos indicantes, unos hechos indicados y –como diría el Tribunal Supremo– «reglas de la lógica y de la sana crítica» o «del entendimiento humano»; en la prueba científica, unas pruebas –hechos probatorios– y unos hechos a probar, igual que en el caso anterior pero con la diferencia de que aquí la conexión tiene apoyo científico. En definitiva, la estructura es la siguiente: hechos probatorios (pruebas, indicios o hechos con los que se pretende probar), hechos a probar (hipótesis probatoria) y una conexión entre ellos (máximas de experiencia, leyes científicas, reglas de la sana crítica, etc.).

⁴ TOULMIN, S. E.: *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958. Conforme a este autor, la estructura de un argumento consta de los siguientes elementos: Una pretensión (*claim*), una afirmación particular realizada por el proponente y que constituye tanto el punto de partida como el de llegada de toda argumentación. Si el interlocutor cuestiona dicha afirmación, entonces el proponente apoya la pretensión con razones (*grounds*); es decir, con otras afirmaciones particulares que se refieren a los «hechos del caso» (los hechos que fundamentan la pretensión). Para justificar este apoyo, el proponente puede introducir una garantía (*warrant*), que es un enunciado general que expresa una regularidad o una norma. Este enunciado general, a su vez, puede ser apoyado por el proponente suministrando un respaldo (*backing*), es decir, información general relativa al campo en el que se está argumentando. Estos cuatro elementos se completan con otros dos que no siempre están presentes en todas las argumentaciones. Un cualificador modal (*qualifier*), que permite modalizar el apoyo que las razones suministran a la pretensión (muy probablemente, razonablemente, presumiblemente, etc.). Y, finalmente, un argumento puede contener también condiciones de refutación (*rebuttals*), es decir, excepciones a la garantía.

La presunción de nuestra historia es una inferencia teórica que lleva de premisas que se afirman verdaderas a una conclusión que también se afirma verdadera⁵. La garantía expresa un enunciado de presunción que se fundamenta en un juicio de regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad; en lo que los juristas llaman generalmente «máximas de experiencia». La virtud del ejemplo radica en que presenta un razonamiento presuntivo que apunta de manera clara a una determinada respuesta respecto de la pregunta por la naturaleza de las presunciones. Podemos recurrir a diferente terminología, pero todo señala en la misma dirección. La pretensión que incorpora el detective es de verdad; el enunciado de presunción (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, pues, conviene llamar la atención sobre tres cuestiones:

1) Este tipo de presunciones –como se ha dicho– pertenecen al razonamiento teórico (tienen naturaleza proposicional); ello no obsta, sin embargo, para que puedan formar parte de un razonamiento práctico. Que sean (o puedan ser) un fragmento de un razonamiento práctico no cambia en absoluto su naturaleza teórica. En nuestro ejemplo trataba de mostrarlo con la frase del detective «su hijo está muerto y seguir investigando en estas circunstancias sería estafarle». Nótese que, en este sentido, las presunciones comparten esta propiedad con todas las inferencias fácticas: pueden formar parte de razonamientos prácticos y no por ello abandonan el ámbito proposicional y/o de la verdad.

2) Los juicios de verdad referidos por estas presunciones son juicios empíricos cuya verdad es contingente y tienen siempre un contenido probabilístico. El enunciado de presunción se acepta porque se considera que está fundado, que expresa una regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad; y, por ello, lo más confiable es atenerse a lo que el enunciado establece. Su papel primario es, por tanto, aproximarnos a la verdad en el sentido material de la expresión. Ahora bien, la «seguridad» de atenerse al enunciado de presunción no estriba en que siempre y en cada caso sea más probable la verdad del resultado que dicho enunciado arroja, sino en que de manera general es lo más probable; y, por tanto, lo racional es atenerse a lo que ellos determinan como verdadero⁶. En este sentido, el razonamiento presuntivo comparte con

⁵ En la exposición del razonamiento presuntivo como razonamiento probabilístico tengo muy en cuenta lo sostenido en PEÑA GONZÁLO, L., y AUSÍN DÍEZ, T., «La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XVIII, 2001.

⁶ PEÑA GONZÁLO, L., y AUSÍN DÍEZ, T., ob. cit. p. 101.

todo el razonamiento probabilístico la idea de derrotabilidad. Si aparece nueva información, se puede rechazar la conclusión sin necesidad de rechazar ninguna de las premisas en las que se fundaba dicha presunción.

3) En el mundo del Derecho estas presunciones se conocen como presunciones *hominis* (presunciones del hombre) y comparten con todas las inferencias probatorias las dos propiedades antes destacadas (su naturaleza proposicional y su derrotabilidad). ¿Qué aporta, pues, el sintagma «es presumible» (propio de las presunciones *hominis*) frente al sintagma «es probable» (propio de todas las inferencias probatorias)? «Es presumible» se reserva (o debería reservarse) para aquellos casos en los que se considera que los indicios (los hechos base, los hechos probatorios, etc.) son suficientes para considerar un hecho como probado (no solo como probable); y, como consecuencia de ello, trasladan la carga probatoria (o argumentativa) a quien pretenda negar la conclusión, a quien pretenda negar el hecho presunto. En cualquier inferencia fáctica, la ocurrencia de unos hechos es indicio de (una razón para creer en) la ocurrencia de otros hechos. En las presunciones *hominis* esto también es así, pero hay además un componente adicional: aunque son materialmente derrotables, son pragmáticamente concluyentes. O dicho de otro modo: estas presunciones no solo cumplen la función de dar razones para creer que ciertos hechos han ocurrido (verdad en sentido material); sino que además dan razones para dar por probados ciertos hechos (verdad en sentido dialéctico, pragmático)⁷. Por ello, «es presumible» cumple la función genérica de aproximarnos a la verdad material y la función específica de establecer una verdad pragmática, dialéctica o procesal trasladando la carga probatoria a quien pretenda negar la ocurrencia del hecho pre-

⁷ 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, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2005, y *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013. Atienza distingue tres concepciones 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 supone tanto una actividad como un resultado; y d) la argumentación es una empresa racional, en el sentido de que hay criterios para determinar la bondad de los argumentos. El siguiente cuadro muestra cómo articulan estas propiedades las diferentes concepciones. Para una explicación detallada del mismo, véase AGUILÓ REGLA, J., *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Trotta, Madrid, 2015.

sunto⁸. En este sentido, el enunciado de presunción es también una regla de presunción, una regla de la carga de la prueba y/o de la argumentación⁹.

Hay tres formas de oponerse a la conclusión, de oponerse a la afirmación que sostiene la ocurrencia del hecho presunto:

a) Negar los fundamentos empíricos del enunciado de presunción; es decir, impugnar su papel de garantía (impugnar la presunción). Obviamente para que un enunciado de presunción pueda operar

Concepciones Concepto (elementos)	Concepción formal	Concepción material	Concepción pragmática (dialéctica o retórica)
1) Argumentar es una actividad relativa a un lenguaje. Siempre hay un lenguaje de la argumentación.	Se centra en los aspectos sintácticos del lenguaje (su estructura). Se desentiende del mundo y de la aceptación por parte de los otros.	Se centra en los aspectos semánticos del lenguaje (su contenido). No se desentiende del mundo pero sí de la aceptación por parte de los otros.	Se centra en los aspectos pragmáticos del lenguaje (su uso). Todo está orientado a la relación con los otros: vencer y/o convencer.
2) Argumentar supone resolver un problema.	¿Qué conclusiones pueden extraerse de un determinado conjunto de premisas cuya calidad no se cuestiona?	¿Qué creencias son válidas como premisas y conclusiones? ¿Qué debo creer? ¿Qué debo hacer?	¿Cómo vencer y/o convencer a otros a propósito de una cuestión problemática?
3) La argumentación supone una actividad y un resultado. «Argumentación» presenta una ambigüedad proceso/producto.	Sólo se interesa por la reconstrucción del producto de la argumentación: La concatenación de enunciados en forma de premisas y conclusiones.	Se interesa por la calidad de las premisas lo que supone no desentenderse del proceso seguido para obtenerlas. Nociones como imparcialidad, 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.
4) Argumentar es una actividad racional: hay criterios de validez y/o corrección.	Centralmente las reglas de inferencia de la lógica deductiva.	Leyes científicas, máximas de experiencia, criterios de justificación, etc.	Reglas relativas a la conducta de los participantes: Instituciones, reglas del discurso, del juego limpio...

⁸ 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, aunque, en mi opinión, en este tipo de presunciones su papel dialéctico (su validez pragmática) deriva de su papel de asegurar la aproximación a la verdad material (de su validez material). Para darse cuenta de ello es suficiente con preguntarse por qué, en contextos no autoritativos, un interlocutor que rechazara que el enunciado de presunción fuera una guía segura para aproximarse a la verdad material, iba a aceptar que operara como regla de la carga de la prueba. No hay que olvidar que cuando hablamos de presunciones *hominis* o presunciones teóricas estamos en un contexto en el que el enunciado de presunción no viene impuesto normativamente. Cfr. WALTON, D. N., «The Speech Act of Presumption», *Pragmatics & Cognition*, Vol. 1(1), 1993, 125-148.

⁹ Véase AGUILÓ REGLA, J., «Las presunciones *hominis* y las inferencias probatorias», ob. cit., p. 108.

intersubjetivamente como garantía tiene que ser un lugar común, un tópico compartido; lo que los juristas prefieren llamar una máxima de experiencia bien asentada.

b) Aceptar el enunciado 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 el enunciado de presunción como la ocurrencia del hecho base, pero exceptuar dicho enunciado mostrando bien que la conclusión es falsa («el hijo está vivo»), bien debilitando la conclusión porque hay indicios para creer que el caso es una excepción a la regularidad que fundamenta la presunción (imaginemos, por ejemplo, que en la descripción que el detective hace de la vida del hijo hubiera indicios para creer que éste había planeado su «desaparición» mediante la simulación de un naufragio). En ambos casos hablaríamos bien de exceptuar la garantía (el enunciado de presunción), bien de derrotar la presunción. En la terminología de Toulmin, lo designaríamos como la concurrencia de una condición de refutación de la pretensión¹⁰.

Si bien se considera, sólo en los casos b) y c), es decir, en los casos en que se acepta que el enunciado de presunción nos aproxima a la verdad material, se acepta también que dicho enunciado opera como una regla de presunción, es decir, que 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 del enunciado de presunción en términos materiales implica también su rechazo como regla de presunción en términos procesales o dialécticos.

De todo lo dicho hasta aquí –y a modo de resumen– pueden extraerse las siguientes conclusiones:

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 suponen un enunciado de presunción formulable con un «es presumible». Estos enunciados de presunción expresan un juicio de regularidad fundado en la experiencia al que se le reconoce una alta probabilidad de verdad.
4. La aceptación de un enunciado de presunción como garantía depende de que creamos que nos aproxima a la verdad en sentido material. Esto es, se acepta el enunciado de presunción porque se considera que haciéndolo es más probable acertar en la determinación de la verdad material.
5. La aceptación de un enunciado de presunción supone aceptar también su derrotabilidad para el caso particular. El razonamiento pre-

¹⁰ Véase la nota 4.

suntivo es típicamente un razonamiento derrotable: si contamos con más información relativa al caso es posible rechazar la conclusión sin necesidad de rechazar ninguna de las premisas antes aceptadas.

6. Estas dos propiedades recién destacadas de la garantía de estas presunciones (probabilidad de verdad y derrotabilidad) son compartidas por todas las inferencias probatorias. Todo el razonamiento probatorio es probabilístico y derrotable.

7. Quien recurre a un «es presumible» está específicamente sosteniendo que, a falta de nueva información, la prueba de los hechos base (los indicios, los hechos probatorios, etc.) es suficiente para dar por probado el hecho presunto (el hecho inferido).

8. Por ello, estas presunciones distribuyen las cargas de la argumentación y/o de la prueba en términos dialécticos o procedimentales. Quien acepta el enunciado de presunción y la ocurrencia del hecho base pero rechaza la conclusión corre con la carga de mostrar que el caso en cuestión es una excepción. En este sentido, el enunciado de presunción es también una regla de presunción, es decir, de distribución y carga de la prueba y/o de la argumentación.

9. Dado que estas presunciones tienen naturaleza teórica (o proposicional), siempre cabe impugnar la presunción negando los fundamentos empíricos del enunciado de presunción, es decir, negando su validez como una garantía que nos aproxima a la verdad material.

10. Por el contrario, si se acepta el enunciado de presunción hay dos formas de oponerse al hecho presunto. Una, bloquear la presunción mostrando la falsedad del (los) hecho(s) base; otra, derrotar la presunción mostrando la falsedad del hecho presunto o suministrando indicios o razones para creer en su falsedad.

2.2 «SE PRESUMIRÁ (O DEBE PRESUMIRSE)». LAS NORMAS DE PRESUNCIÓN

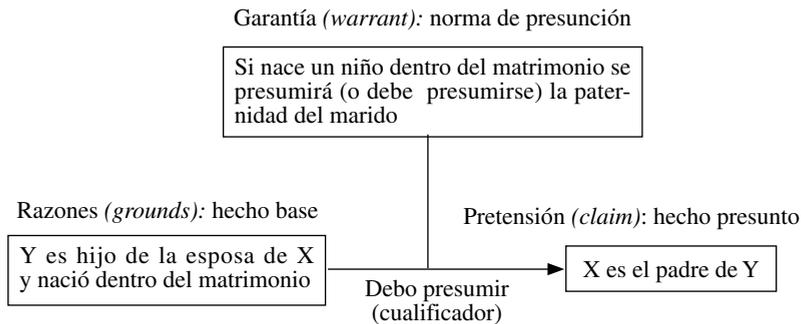
Tomemos ahora otro punto de partida invocando un nuevo ejemplo; también claro e indubitado. El art. 116 del Código Civil español establece que «se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o la separación legal o de hecho de los cónyuges».

No hay duda: estamos ante una norma jurídica; ante una norma de presunción. Si analizamos mínimamente cómo opera esta norma ante un caso cualquiera, es fácil ver que concurren los mismos elementos que en el caso del detective y del padre:

- 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, un enunciado de presunción que viene normativamente impuesto (lo que en adelante llamaré una «norma de presunción»).

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, recurramos al esquema de Toulmin para representar el razonamiento de un destinatario de dicha norma.



Para captar adecuadamente la naturaleza de las normas de presunción hay que asumir un rol práctico; en particular, el de un destinatario de dichas normas o el de la autoridad que las dicta. Ello es así porque nada obsta para que un sujeto cualquiera use el referido art. 116 del Cc. como un enunciado de presunción meramente teórica; y, en consecuencia, lo acepte o lo rechace como garantía de un razonamiento teórico en función de la seguridad empírica que le reconozca¹¹. 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 claramente desde las dos perspectivas que he mencionado: la del obligado por la norma de presunción y la del que la dicta; paradigmáticamente, la del juez y la del legislador¹².

¹¹ Si bien se considera, el detective y el padre del ejemplo anterior razonan de manera tal que parece que hubieran tomado la presunción legal del art. 194 del C.c. relativa a la declaración de fallecimiento como garantía de su razonamiento. Sin embargo, ello no afectaría para nada a la naturaleza proposicional del mismo; y no lo haría porque en el caso en cuestión la aceptación de la garantía estaría vinculada únicamente a la seguridad proporcionada por la probabilidad de verdad y no al hecho de que fueran destinatarios en algún sentido de la referida norma.

¹² En este punto conviene hacer una precisión terminológica con el fin de evitar confusiones conceptuales. He decidido usar la expresión «normas de presunción» en lugar de la de «presunciones legales» porque esta última, a pesar de ser mucho más común, tiene el inconveniente de prejuzgar el origen de la norma de presunción; genera la impresión de solo la ley puede ser la fuente de una norma de presunción y ello no

Empecemos por el juez. Para un juez aceptar una 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 (extravagante, por cierto) podría ser que la norma de presunción le obliga a creer en la verdad material de que «X es el padre de Y». Sin embargo, «obligar a creer» suena muy raro porque creer no es actuar y no se ve cómo la norma podría obligar a eso. Un respuesta bastante extendida 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 son aplicables¹³. Sea como fuere, una conclusión me parece clara: el destinatario de (el obligado por) la norma de presunción es alguien llamado a actuar en algún sentido, no alguien llamado a creer en algo¹⁴. La función primaria que cumplen las normas de presunción no es, pues, establecer ninguna verdad material, sino una verdad procesal (en el sentido de una verdad *en el proceso*)¹⁵. Aceptar y aplicar una norma de presunción no obliga a creer en la ocurrencia de hecho alguno, sino a darlo por probado bajo ciertas circunstancias. Es decir, las normas de presunción adquieren gran parte de su sentido en un contexto netamente institucional, en el interior de un proceso decisorio¹⁶. Si se es consciente de lo anterior, y a ello se añade el carácter contradictorio de muchos procesos jurídicos, es fácil de entender que las normas de presunción (al establecer verdades procesales) benefician a (facilitan las pretensiones de) una parte y perjudican a (dificultan las pretensiones de) la otra parte. El «deber» del juez de dar por probado un hecho

es así. También he rehuido el uso de la expresión «presunciones judiciales» para referirme a las «presunciones *hominis*» porque genera el mismo tipo de confusión; confunde el autor con el tipo de razonamiento.

¹³ Por todos, véanse MENDONÇA, D., «Presunciones», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 21-I, 1998, p. 85, y PEÑA GONZÁLO, L., y AUSÍN DÍEZ, T., *ob. cit.* pp. 97 y ss.

¹⁴ 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 las personas, no.

¹⁵ La expresión «verdad procesal» tiene una ambigüedad proceso/producto muy característica. En efecto, la noción de «verdad procesal» puede usarse tanto en el sentido de «verdad *en el proceso*» (la verdad en las fases del proceso) como en el de «verdad *resultado del proceso*» (la verdad establecida como resultado de haber culminado todas las fases del proceso). Estos dos sentidos de «verdad procesal» están relacionados entre sí y ambos responden a una concepción pragmática de la verdad. Ahora bien, 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 la de «verdad resultado del proceso» (la establecida una vez que se han culminado las fases del proceso) está vinculada centralmente con la cuestión de cosa juzgada.

¹⁶ Como se ve, aquí no ocurre como en las presunciones meramente teóricas. Lo que allí aparecía como derivado (su papel como reglas de distribución de las cargas de la argumentación y/o de la prueba) aparece aquí como primario, básico y común a todas las normas de presunción.

se traduce en un «tener que probar» o en un «no tener que probar» para las partes en conflicto. En este sentido, las normas de presunción incorporan siempre un elemento de parcialidad o de desigualdad (formal) entre las partes; pues rompen el principio igualitario de «quien alega, prueba».

De todo lo dicho hasta ahora a propósito del papel del juez, surgen dos preguntas que resultan esenciales para el correcto entendimiento de las normas de presunción: ¿tiene justificación el establecimiento de una desigualdad tan patente entre las partes procesales? y ¿qué relación mantienen las normas de presunción con la verdad material? Para responder adecuadamente a estas dos preguntas hay que cambiar de sujeto protagonista: dejar de pensar en el juez y tomar en consideración el papel del legislador o, más genéricamente, el de la autoridad que dicta normas de presunción. A continuación, voy a realizar una enumeración de tipos de razones –que probablemente no será exhaustiva y, seguro, no será excluyente– con las que podría justificarse el establecimiento de normas de presunción¹⁷.

1. Un primer tipo de razones está vinculado con la probabilidad de verdad del hecho presunto. Es decir, lo que subyace al dictado o establecimiento de un se presumirá (o debe presumirse) normativo es la aceptación por parte del legislador de un es presumible teórico (principio de economía procesal).

2. Un segundo tipo de razones tiene que ver con el restablecimiento del equilibrio probatorio entre las partes procesales en situaciones en las que una de las partes se encuentra con dificultades extraordinarias para probar los hechos relevantes (principio de equidad procesal)¹⁸.

3. Otro tipo de razones responde a la desigual gravedad que las consecuencias jurídicas del proceso pueden tener para las partes. Por ello, para tratar de evitar el mal mayor se establece una verdad procesal y se vuelca toda la carga de la prueba sobre la parte que menos riesgo asume (principio de prudencia)¹⁹.

¹⁷ Daniel Mendonca, siguiendo a ULLMAN-MARGALIT, E. [«On Presumption», *The Journal of Philosophy*, vol. 80, No. 3 (Mar., 1983)], 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, D., «Presunciones», ob. cit., p. 57.

¹⁸ Piénsese, por ejemplo, en la presunción de paternidad en aquellas situaciones en las que el demandado se niega a realizar las pruebas biológicas de manera arbitraria o abusiva. O, en las dificultades de prueba del fallecimiento que tendrían los herederos de un desaparecido si no existiera la presunción de fallecimiento.

¹⁹ Piénsese, por ejemplo, en la presunción de inocencia o en la de la buena fe en la posesión.

4. Un último tipo de razones tiene que ver con la función de estabilización de expectativas y de situaciones jurídicas que pretenden cumplir las instituciones. En efecto, el dictado de una norma de presunción puede responder más a la pretensión de establecer hacia el futuro una regularidad o normalidad institucional, que a tratar de dar cuenta de una regularidad ya existente (principio de seguridad jurídica, de conservación del orden)²⁰.

Ciertamente este catálogo de razones podría ampliarse y es seguro, además, que cualquier norma de presunción puede responder a diversos tipos de razones. Ahora bien, lo anterior muestra de manera patente que puede tener pleno sentido dictar normas de presunción aun cuando a su justificación no subyazca para nada un «es presumible». Por decirlo de manera contundente: la relación entre un «se presumirá» (normativo) y su correspondiente «es presumible» (teórico) es contingente.

De todo lo dicho hasta aquí –y a modo de resumen– pueden extraerse las siguientes conclusiones:

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. Puede ocurrir, sin embargo, que un sujeto cualquiera use y acepte una norma de presunción como garantía (premisa) de un razonamiento estrictamente teórico.

3. Las normas de presunción adquieren su pleno sentido en el contexto de un proceso decisorio; cosa que no ocurre con los enunciados de presunción meramente teóricos.

4. Las normas de presunción establecen una verdad procesal (una verdad en el proceso); 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. 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, las normas de presunción siempre benefician (facilitan) las pretensiones de una parte y perjudican (dificultan) las pretensiones de la otra. Son, en definitiva, reglas de distribución y carga de la prueba y/o de la argumentación.

²⁰ Por ejemplo, las presunciones de constitucionalidad de las leyes, de legalidad de los actos de la Administración, etc. Sobre la presunción de validez de las leyes en el discurso jurídico véase el cap. 9 de GRABOWSKI, A., *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law. A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, Ed. Springer, Berlin, 2013.

6. Las normas de presunción rompen el principio igualitario de que «quien alega prueba». Por ello, su dictado pide siempre una justificación específica, una razón que justifique el trato desigualitario.

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; en consecuencia, la obligación de aceptar una verdad procesal no depende de la aceptación de una cierta probabilidad de verdad en sentido material.

8. Dado que estas presunciones tienen naturaleza normativa, no cabe impugnar la presunción negando sus fundamentos empíricos, negando que ella nos aproxime a la verdad material. La garantía de esta presunción es una norma jurídica cuya validez y aplicabilidad no depende de que ella nos aproxime a ninguna verdad material²¹.

9. Las verdades procesales (*en el proceso*) son siempre derrotables, vencibles.

10. Hay dos formas de oponerse al hecho presunto impuesto por la norma de presunción. Una, bloquear la presunción mostrando la falsedad del (los) hecho(s) base; otra, derrotar la presunción mostrando la falsedad del hecho presunto o suministrando indicios o razones para creer en su falsedad.

3. SOBRE LAS NORMAS DE PRESUNCIÓN

En «Presunciones, verdad y normas procesales» de 2006 sostuve de manera un tanto tentativa que la distinción que los procesalistas trazan dentro de las «presunciones legales» entre «presunciones en sentido estricto» y «presunciones aparentes o verdades interinas» era reconducible a la distinción entre reglas y principios tal como se usaba en el ámbito de la teoría del Derecho; ello suponía que había normas de presunción que tenían estructura de reglas (y que funcionaban como tales) y otras, que tenían estructura de principios (y que funcionaban como tales). Pero esta tesis significaba algo más, confirmaba algo que se venía sosteniendo a lo largo del texto: que las normas de presunción, a pesar de tener un claro componente constitutivo, eran normas regulativas²². A continuación, me propongo hacer dos cosas: en primer lugar, tras recordar brevemente la referida distinción de los procesalistas, voy

²¹ Naturalmente con las normas de presunción ocurre lo mismo que con todas las normas jurídicas: su validez y su aplicabilidad están sometidas a condiciones establecidas por el propio Derecho; en este sentido, la fuerza de una presunción está vinculada también, entre otras cosas, con la noción de estándar de prueba normativamente impuesto.

²² Esta tesis ha resultado polémica hasta cierto grado. Primero, Raymundo Gama [GAMA LEYVA, R., *Las presunciones en el Derecho y la argumentación*, tesis de doctorado defendida en Alicante en 2010] y, luego, Manuel Atienza [en *Curso de Argumentación jurídica*, pp. 306 y ss.] han considerado que yo no enfatizaba suficiente-

a reformular un nuevo conjunto de conclusiones insistiendo en la distinción entre principios y reglas a propósito de las normas de presunción; y, en segundo lugar, voy a tratar de explicar el carácter bifronte (constitutivo y regulativo) de las normas de presunción.

3.1 Normas de presunción, principios y reglas

Entre los procesalistas españoles ha hecho fortuna la distinción entre «presunciones en sentido estricto» y «presunciones aparentes o verdades interinas»²³. Las «presunciones en sentido estricto» se corresponden con lo que ha sido la caracterización que hasta ahora hemos hecho de las normas de presunción. Así, constan de los tres elementos típicos: un hecho base, un hecho presunto y un nexo entre ellos impuesto normativamente. Estas normas de presunción –dirán los procesalistas– no afectan a la distribución de la carga de la prueba por lo que se refiere a la iniciativa probatoria de las partes (no afectan al quién tiene que probar) pero sí a los hechos que se tienen que probar. Afectan, pues, al *thema probandi*, pero no al *onus probandi*. Frente a ellas están –dicen– las «presunciones aparentes o verdades interinas». Lo característico de las mismas es que si bien adoptan la forma (la apariencia) de normas de presunción, 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 al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba»]²⁴. De acuerdo con este planteamiento las reglas que establecen «presunciones aparentes» 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. 1.183 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

mente el carácter constitutivo de las normas de presunción y que en cierto modo olvidaba esa dimensión.

²³ Véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Ed. La Ley, Madrid, 2006.

²⁴ 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.

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»²⁵. Nótese que esto significa que en nuestro esquema del razonamiento presuntivo, la norma que funge como garantía del mismo puede adoptar dos formas: a) la de una norma que establece una verdad («en las circunstancias X, se presumirá la verdad de Y»); b) la de una norma que establece la carga de la prueba («en las circunstancias X, la prueba de -Y corresponderá a P»). Ambas formulaciones, como es claro, se implican recíprocamente²⁶.

Al igual que ocurre con todas las distinciones, la distinción entre reglas relativas al *onus probandi* y al *thema probandi* no es ni verdadera ni falsa; sino útil o inútil. No niego que la distinción pueda ser 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. Ello es así porque oculta el rasgo definitorio más sobresaliente de las normas de presunción: el establecimiento de una verdad procesal. Todas las normas de presunción establecen una verdad procesal; sometida a una condición en un caso («presunciones en sentido estricto») y sin condición alguna en el otro («presunciones aparentes o verdades interinas»). El contenido²⁷ del deber dirigido al juez es siempre el mismo: dar por probado un hecho. Lo que varía de unas a otras normas de presunción es, en efecto, la condición de aplicación, la circunstancia que debe darse para que surja la obligación del juez²⁸. En torno a este preciso dato, en el año 2006 trataba de presentar la distinción de los procesalistas a la luz de la oposición entre reglas y principios²⁹. Pues bien, ¿qué queda de aquel planteamiento?

²⁵ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: ob. cit., p. 45.

²⁶ En este sentido, escribe Schauer: «En algunos aspectos, una presunción es anterior pero íntimamente vinculada con la carga de la prueba, porque es una presunción que típicamente establece quién tiene la carga de la prueba, con independencia de cuánto necesite esa parte demostrar para satifacerla», SCHAUER, F., *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico* (trad. T. J. Schleider), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 238.

²⁷ 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 WRIGHT, G. H. von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. cast. de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979, p. 88.

²⁸ Cfr. WRIGHT, G. H. von, ob. cit., p. 88.

²⁹ Una buena manera de caracterizar los principios frente a las reglas en términos estructurales es acudir a la noción de norma categórica de Von Wright [WRIGHT, G. H. von, *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 91 y ss.]. En efecto, a partir de la noción de condición de aplicación de una norma [«aquella condición que tiene que darse para que exista la oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma»], Von Wright distingue entre normas categóricas [aquellas cuya condición de aplicación viene dada por el propio contenido] e hipotéticas [aquellas cuya condición de aplicación no puede ser derivada solamente de su contenido; por ello, al tener que mencionar la condición adicional adoptan la estructura condicional típica en la forma

A continuación, voy a tratar de formular una serie de conclusiones que constituyen una revisión de la cuestión.

1. Todas las normas de presunción tienen un sentido más institucional que sustantivo. Cuando una norma de presunción resulta aplicable, la verdad que ella establece es materialmente derrotable, pero pragmáticamente concluyente. La noción central es la de verdad procesal (institucional), no la de verdad material (sustantiva).

2. Hay normas de presunción (las llamadas por los procesalistas «presunciones en sentido estricto») que responden a la estructura condicional típica de las reglas.

2.1 Conforme a ellas, el deber del juez de asumir la verdad procesal (de dar por probado el hecho presunto) está sometido a una condición: la prueba del hecho base. Si no se prueba el hecho base, no surge el deber de presumir.

2.2 El razonamiento del juez es, en este sentido, estrictamente subsuntivo: el juez tiene que comprobar que los hechos particulares probados por la parte son subsumibles en el hecho base (caso genérico) previsto en la norma de presunción.

2.3 Como ocurre con todas las reglas, la falsedad del supuesto de hecho de la regla (en nuestro caso, del hecho base) supone el bloqueo de la aplicación de la consecuencia jurídica prevista por dicha regla (en nuestro caso, el deber de asumir la verdad procesal).

2.4 Como ocurre con todas las reglas, las consecuencias jurídicas genéricamente establecidas por las normas de presunción son susceptibles de ser derrotadas en un caso particular. La verdad procesal es derrotable por la verdad material.

3. Frente a las anteriores, hay otras normas de presunción (las llamadas por los procesalistas «presunciones aparentes o verdades interinas») que responden a la estructura «categorica» típica de los principios jurídicos.

3.1 Conforme con estas normas, el deber del juez de dar por probado el hecho presunto no está sometido a la prueba de ningún hecho base. Las condiciones de aplicación de estas normas derivan exclusivamente de su propio contenido. Ocurre, por tanto, lo mismo que con los principios en general: operan siempre que son relevantes; la presunción despliega su eficacia siempre que es relevante.

3.2 El razonamiento del juez no consiste en subsumir un caso particular en un caso genérico.

3.3 Dado que estas presunciones no están sometidas a condición probatoria alguna, ocurre que no pueden ser bloqueadas. Únicamente pueden ser derrotadas (o, como prefieren decir los juristas, «destrui-

«si ... entonces ...»]. Sobre ello, véase AGUILÓ REGLA, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 135 y ss.

das», «enervadas») mostrando la falsedad material de la verdad procesal establecida por las referidas normas.

3.4 Respecto de estas normas de presunción es fácil comprobar la naturalidad con la que los juristas se refieren a ellas como principios. La presunción de inocencia, la de la buena fe, la de la constitucionalidad de las leyes, la de la legalidad de los actos administrativos, etc., tienen la consideración de principios procesales: conforman en gran medida el proceso y se traducen en cargas de la prueba y/o de la argumentación para quien alega la culpabilidad, la mala fe, la inconstitucionalidad o la ilegalidad. En este sentido, estas normas de presunción juegan un papel institucional mucho más conformador del proceso que el que desempeñan las normas de presunción que tienen las características típicas de las reglas.

4. La presunción de inocencia es un principio procesal como los recién mencionados³⁰.

4.1 Ahora bien, en muchos ordenamientos jurídicos, la presunción de inocencia está configurada no solo como un principio procesal, sino también como un derecho fundamental³¹.

4.2 Su carácter de derecho fundamental, convierte a la presunción de inocencia en estrictamente indisponible por parte del legislador. Ello hace que el valor de esta presunción vaya mucho más allá de ser un mero principio procesal conformador del proceso penal.

4.3 Su carácter de derecho fundamental hace que las exigencias que de él se derivan nunca sean meramente reducibles al conjunto de deberes legalmente establecidos para garantizar dicho derecho en un momento determinado³².

³⁰ Laudan analiza qué exige la presunción de inocencia y 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 que hemos utilizado aquí, sino que 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 que la culpabilidad probatoria sostiene la afirmación de la culpabilidad material (el derecho asume que si se ha probado la culpabilidad entonces se es realmente culpable); la inocencia probatoria no garantiza ninguna inferencia sobre la inocencia material. Véase LAUDAN, L., «The Presumption of Innocence: Material or Probatory?», *Legal Theory*, n.º 11, 2005, 333-361.

³¹ En España, así lo establece el art. 24 ap. 2 de la Constitución del 78.

³² No es este el lugar apropiado para discutirlo, pero la alternativa teórica que aquí se plantea es entre la tesis positivista que afirma la correlatividad entre derechos y deberes (es decir, la tesis que sostiene que los enunciados jurídicos de derechos relati-

3.2 Sobre el carácter bifronte (constitutivo y regulativo) de las normas de presunción

Pasemos ahora a la otra cuestión, la del carácter constitutivo o regulativo de las normas de presunción. En los trabajos anteriores –y en este también– he asumido dos tesis en apariencia contradictorias. Una, que el hecho presunto establecido por las normas de presunción es un hecho constituido; y, otra, que las normas de presunción imponen deberes al juez³³. Estas dos tesis son, en mi opinión, irrenunciables; prescindir del carácter regulativo (de imposición de deberes al juez) o del carácter constitutivo (dejar de considerar al hecho presunto como un hecho constituido) supondría una gran pérdida teórica. Pero ¿qué quiere decir la afirmación del carácter bifronte de las normas de presunción? Pues algo bastante sencillo y trivial: que las normas de presunción son tanto normas sustantivas o reglas de juicio («en las circunstancias X, se presumirá la verdad de P») como normas procesales de la carga de la prueba («en las circunstancias X, la carga de la prueba de –P corresponde a Y»). Si las miramos como reglas de juicio (como fragmentos del Derecho sustantivo), entonces afloran todas las características constitutivas (o definicionales) de las normas de presunción. Las vemos como fragmentos de disposiciones relativas a qué cuenta como un hijo, como un fallecido, como un inocente, etc. Vistas así, su papel en el razonamiento práctico del juez es simplemente el de una razón auxiliar, nunca el de una razón operativa. Si, por el contrario, las vemos como normas procesales, como normas que gobiernan el proceso (que establecen la carga de la prueba y ciertas verdades *en el proceso*), entonces se nos presentan como normas regulativas. Fijan finalidades del proceso, establecen deberes para el juez y cargas para las partes. La perspectiva procesal, de gobierno y dirección del proceso, hace que afloren todos los aspectos directivos de las normas de presunción. Se mire como se mire, estas normas guían la conducta de los actores y suministran razones operativas para tomar decisiones en el proceso: el juez que invierte el sentido de la prueba incumple un deber procesal básico.

En resumen. Vistas como normas de Derecho sustantivo, como reglas de juicio (qué cuenta como hijo, como fallecido, como buena

vos a un sujeto o una clase de sujetos son siempre traducibles a enunciados de deberes de otros sujetos sin pérdida de significación) y la tesis postpositivista que afirma la no correlatividad entre derechos y deberes (es decir, que sostiene que no son meramente traducibles porque hay una prioridad justificativa de los derechos frente a los deberes). Cfr. AGUILÓ REGLA, J., «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 30, 2007.

³³ Siempre he usado la distinción entre normas regulativas y normas constitutivas del modo perfilado por ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., en *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* [Ed. Ariel, Barcelona, 1996], en consecuencia las normas de presunción serían simultáneamente, por un lado, reglas que imponen deberes y, por otro, reglas puramente constitutivas.

fe, como inocente, etc.), las normas de presunción se comportan como normas puramente constitutivas: constituyen el hecho presunto en un hecho jurídico, en un resultado institucional. Vistas como normas del Derecho procesal, como reglas que guían el proceso (que establecen de qué verdad *en el* proceso debe partirse; quién tiene que probar, etc.) se comportan como normas regulativas: determinan deberes básicos del juez en relación con el proceso; de ahí, también, su peculiar dimensión institucional.

4. EL PROBLEMA DE LAS PRESUNCIONES *IURIS ET DE IURE*

¿Qué problema teórico nos plantean las presunciones *iuris et de iure*? Es bien sencillo: que difícilmente pueden formar parte del mismo género que las presunciones que acabamos de estudiar porque no comparten con ellas ninguna de las propiedades que hemos destacado como relevantes. En efecto, tanto las presunciones vinculadas a «es presumible» (las teóricas o proposicionales) como las vinculadas a «se presumirá» (las normativas) tienen en común dos cosas: a) establecen una verdad «pragmática y/o procesal» y b) esa verdad procesal es vencible (derrotable) por la verdad material. Verdad pragmática y derrotabilidad son las claves para la correcta comprensión del razonamiento presuntivo, sea este proposicional o guiado por normas de presunción. Si ello es así, y las presunciones *iuris et de iure* no comparten ninguna de estas propiedades, difícilmente podrá hablarse de un género común llamado «razonamiento presuntivo». Aquí voy a tratar de sostener dos cosas: a) que las situaciones jurídicas que muchos juristas califican como presunciones *iuris et de iure* no son en absoluto casos de razonamiento presuntivo; y b) que la noción de presunción *iuris et de iure* es teóricamente prescindible, pues todas las situaciones normativas que los juristas califican con ese rótulo pueden traducirse a otras figuras teóricas componiendo una imagen más coherente. Tratemos de mostrar todo ello.

Es obvio que la L. E. C. española reconoce las presunciones *iuris et de iure* en el ap. 3 del 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»³⁴. Asimismo es obvio que los juristas las usan con gran naturalidad para referirse a diferentes situaciones normativas. Pero, junto a estos dos datos, también es cierto que resulta muy difícil encontrar ejemplos claros e indubitados de presunciones *iuris et de iure*. Encontrar usos de la expresión por

³⁴ Si bien se considera, la expresión usada por la L. E. C. de «presunciones establecidas por la ley» resulta ambigua. Para romper esta ambigüedad introduciremos algo más adelante la distinción entre «normas de presunción» y «normas basadas en una presunción».

parte de juristas es fácil; encontrar ejemplos paradigmáticos (casos claros y centrales) es muy difícil. ¿A qué se refieren los juristas cuando hablan de presunciones *iuris et de iure*? A situaciones normativas en las que una norma jurídica constituye un hecho jurídico y que este hecho constituido no admite prueba en contrario. Quede claro desde el principio, no admitir prueba en contra del hecho «presunto» no significa que no pueda aportarse prueba para negar el hecho base de la «supuesta» presunción³⁵. Las presunciones *iuris et de iure* pueden ser bloqueadas (como ocurre con todas las reglas jurídicas: probando que en el caso no se ha dado el supuesto de hecho), pero no pueden ser derrotadas o vencidas (en ello consiste la prohibición de prueba en contrario). Lo que se prohíbe es aportar prueba relativa a la falsedad del hecho presunto; se excluye, por tanto, la derrotabilidad del supuesto hecho presunto. Y digo «supuesto» porque, en realidad, un hecho presunto no derrotable es una contradicción en sus términos; es la negación de la idea de «hecho presunto». ¿Qué es lo que está detrás de todo ello? Tratemos de explicarlo.

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 debe 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 un enunciado de presunción teórico 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 considera que ese grado es 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 de un determinado juicio de valor. Si, como consecuencia de ello, pasáramos a considerar que todas estas normas son normas de presunción, resultaría que esta noción quedaría totalmente desdibujada pues la práctica totalidad de las normas jurídicas pasarían a ser normas de presunción. La noción de norma de presunción dejaría de ser teóricamente relevante. Por tanto, una cosa es una «norma de presunción» (que obliga a presumir) y otra muy distinta «una norma basada en una presunción» (que no obliga a presumir)³⁶.

³⁵ MENDONCA, D., ob. cit., p. 97.

³⁶ Tiene razón Manuel Atienza en un comentario que hace a mi artículo de 2006 cuando dice que la noción de «normas basadas en una presunción teórica» corre para-

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, en la norma que establece la prohibición de circular a más de 120 Km/h. Esta norma es explicable también a partir de una presunción teórica y un juicio de valor asumidos por el legislador: a) «si se circula a más de 120 Km/h es presumible que se alcanza un cierto nivel de riesgo, probabilidad de daño» (enunciado de presunción); y b) «superar este nivel de riesgo resulta inaceptable» (juicio de valor). Hasta aquí, la situación no es diferente a la de la mayoría de edad antes vista. Lo sorprendente, sin embargo, es que no pocos juristas dirían que la norma en cuestión establece una presunción *iuris et de iure*. La norma presume un cierto nivel de riesgo –dirían– que no admite prueba en contrario. Esta presunción podría ser bloqueada (cabría probar que no se circulaba a más de 120 Km/h), pero no podría ser derrotada, vencida o exceptuada; no cabría probar que en una situación determinada circular a más de 120 Km/h no resultaba peligroso.

Se estará conmigo en que este tipo de descripciones son relativamente comunes entre nuestros juristas. En mi opinión, sin embargo, tratar estas normas (y situaciones normativas) como normas de presunción constituye un error teórico. La razón es bastante sencilla: estas normas no obligan a presumir nada. En nuestro 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 esta norma como una norma de presunción supondría reformularla, pues lo que estaría prohibido no sería circular a más de 120Km/h, sino circular superando un cierto umbral de peligro³⁷.

Pongamos un ejemplo claro de situación normativa que muchos juristas han interpretado como presunción *iuris et de iure*. Consideremos la antigua redacción del inciso 2 del art. 181.1 del C. Penal que establecía que «...se consideran abusos sexuales no consentidos los

lala a la noción de «generalización probabilística» utilizada por Frederick Schauer para explicar las reglas en general y su papel en la toma de decisiones jurídicas [ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, ob. cit., p. 315]. Es más, en realidad sería mejor hablar de presuposiciones subyacentes a las reglas. En este contexto, sin embargo, lo interesante de introducir la expresión «normas basadas en una presunción» radica en que nos va a permitir entender bien por qué algunos juristas hablan de presunciones *iuris et de iure* en contextos en los que, en realidad, sería suficiente con hablar de aplicación de reglas jurídicas.

³⁷ Schauer escribe a propósito de la distinción entre presunciones refutables (*iuris tantum*) e irrefutables (*iuris et de iure*): «Las presunciones irrefutables son muy distintas. Estructuralmente son parecidas a las refutables, porque también especifican el estado de cosas que el derecho asume que existe (aun si no existe). Pero como el derecho no permite a la otra parte desafiar la conclusión de una presunción irrefutable, permanece desconectada de cuestiones procesales como [...] la carga de la prueba. En efecto, hay poca diferencia, salvo en la forma de su expresión, entre una presunción irrefutable y lo que simplemente llamamos una regla jurídica» SCHAUER, F., *Pensar como un abogado...*, ob. cit., p. 230.

que se ejecuten sobre menores de trece años...». El legislador –se decía– 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. Hace una presunción (una generalización) y prohíbe la prueba en contrario, no admite excepciones. Es una forma de verlo y de explicarlo. Pero también hay otras. Por ejemplo, que lo que está haciendo el legislador es una estipulación relativa al tipo de los abusos sexuales (qué conductas entran dentro de los abusos sexuales) y entre ellas incluía 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 es, me parece, mucho más clara³⁸. O dicho en otras palabras, el legislador hace –si se quiere decir así– una presunción, pero no ordena presumir nada. La finalidad específica de una prohibición de prueba 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 *en el* proceso) 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 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»³⁹. 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, si se quiere

³⁸ En realidad, lo que se acaba de decir es lo que vino a hacer el C. P. con la última redacción dada al ap. 1 del art. 183: «El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años».

³⁹ NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 450.

decir así) y destinadas a eliminar todo rastro de razonamiento presuntivo en el destinatario de las mismas.

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 esquema⁴⁰. c) En la reconstrucción teórica de estas situaciones siempre hay un componente definicional o constitutivo⁴¹. 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 exclusión del ámbito del razonamiento presuntivo y del de las normas de presunción.

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 (una generalización probabilística) 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

⁴⁰ 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».

⁴¹ En mi primer trabajo sobre presunciones [AGUILÓ REGLA, J., «Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca», ob. cit. pp. 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, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996]. Sin embargo, como se acaba de ver, en las presunciones *iuris tantum* ocurre también que el hecho presunto no bloqueado y/o no derrotado es también un hecho constituido. La diferencia, pues, no está estrictamente en esto, sino en el carácter derrotado o no del hecho constituido.

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, ha prohibido 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 (los hechos base de la supuesta «presunción»).

4. Tratar a estas normas como normas de presunción trae consigo un sinnúmero de problemas conceptuales, porque la idea de una presunción no derrotable es contradictoria, paradójica.

5. El sentido preciso de este tipo de normas es, más bien, el de 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 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. Es decir, en el razonamiento jurídico sustraen la cuestión del ámbito de la premisa fáctica para ubicarla exclusivamente en el ámbito de la premisa normativa.

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 premisa fáctica –y no 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 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 vincularlas con el razonamiento presuntivo y con las normas de presunción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILÓ REGLA, J., «Las presunciones hominis y las inferencias probatorias», en *Derecho PUCP*, N.º 79, 2017
 — *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Trotta, Madrid, 2015.
 — «Nota sobre “Presunciones” de Daniel Mendonca», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22, 1999.

- AGUILÓ REGLA, J., «Presunciones, verdad y normas procesales», *Isegoría*, n.º 35, 2006.
- *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.
- ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2005.
- *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Ed. La Ley, Madrid, 2006.
- GAMA LEYVA, R., *Las presunciones en el Derecho y la argumentación*, tesis de doctorado defendida en Alicante en 2010.
- GRABOWSKI, A., *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law. A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, Ed. Springer, Berlin, 2013.
- LAUDAN, L., «The Presumption of Innocence: Material or Probatory?», *Legal Theory*, n.º 11, 2005.
- MENDONÇA, D., «Presunciones», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 21-I, 1998.
- NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- PEÑA GONZÁLO, L., y AUSÍN DÍEZ, T., «La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XVIII, 2001.
- SCHAUER, F., *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico* (trad. T. J. Schleider), Marcial Pons, Madrid, 2013.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., y GUTIERREZ DE CABIEDES Y CORDÓN MORENO, F., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Vol. XVI, T. 2, Madrid, 1992.
- TOULMIN, S. E., *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958.
- ULLMAN-MARGALIT, E., «On Presumption», *The Journal of Philosophy*, Vol. 80, No. 3, Mar., 1983.
- WALTON, D. N., «The Speech Act of Presumption», *Pragmatics & Cognition*, Vol 1(1), 1993.
- WRIGHT, G. H von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979.

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.